

Revista de Direito UPIS

2006 v. 04

EDITOR

Carlos Aureliano Motta de Souza

CONSELHO

Antonio Pedro da Silva Machado

Beatriz Emilia Bartoly

Daisy de Asper y Valdés

Ivo Montenegro

Jairo Bisol

João Maurício Leitão Adeodato

Luiz Antonio Borges Teixeira

João Carlos Souto

Magda Montenegro

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Orival Grahl

Zilah Maria Callado Fadul Petersen



Faculdades Integradas

Diretor-Presidente

Diretor Administrativo

Diretor Financeiro

Diretor de Relações Públicas

Diretor de Ensino

Diretor de Pós-Graduação

Diretora de Avaliação

Diretor de Ensino a Distância

Vicente Nogueira Filho

Ruy Montenegro

José Rodolpho Montenegro Assenço

Ivonel Krebs Montenegro

José Ronaldo Montalvão Monte Santo

Sebastião Fontineli França

Ana Cristina Morado Nascimento

Benito Nino Bisio

A **Revista de Direito UPIS** é publicação anual das Faculdades Integradas da União Pioneira de Integração Social – UPIS.

SEP/ Sul - EQ. 712/912 - Conjunto “A”
CEP 70390-125 - Brasília-DF

As informações e opiniões expressas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos respectivos autores.

Revista de Direito UPIS / União Pioneira de Integração Social. v. 1 (2003) –
Brasília, DF/ UPIS, 2006.

v. 4.

ISSN 1678-3107

Publicação anual

1. Direito - Periódicos

União Pioneira de Integração Social – UPIS

CDU 34 (03)

Revisão de Originais

Antônio Carlos Simões

Revisão Final

Antônio Carlos Simões

Magda Montenegro

Geraldo Ananias Pinheiro

Tradutor

Alcides Costa Vaz

Capa

Marcelo Silva Alves

Diagramação, editoração eletrônica e impressão

Gráfica e Editora Inconfidência

SUMÁRIO

- 5** Apresentação
- 9** Carta aberta a um jovem estudante de Direito
Jairo Bisol
- 19** Prerrogativas do advogado e da cidadania
Roberto Busato
- 23** Contornos do mandado de busca e apreensão
Rodrigo Carneiro
- 45** Aspectos jurídicos contra o aborto
Roberval Casemiro Belinati
- 77** A dor a mais
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 81** CIDE – Tecnologia: paradoxos das abordagens dos seus critérios de validação
Augusto Carlos Rodrigues Cunha
- 111** A crise do terror sob a ótica jusnaturalista em Miguel Reale
Antonio Carlos Fontes Cintra
- 123** Controle da constitucionalidade: o modelo norte-americano
João Carlos Souto
- 135** Normas para os colaboradores

SUMMARY

- 5** **Foreword**
- 9** **An open letter to a law student**
Jairo Bisol
- 19** **Prerogatives of the Lawyer and citizenship**
Roberto Busato
- 23** **The outlook of the mandate for search and arrest**
Rodrigo Carneiro
- 45** **Judicial arguments against abortion**
Roberval Casemiro Belinati
- 77** **A larger pain**
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 81** **CIDE Tecnology: paradoxes of the approaches to its validation criteria**
Augusto Carlos Rodrigues Cunha
- 111** **The crisis of terror under the jusnaturalist view of Miguel Reale**
Antonio Carlos Fontes Cintra
- 123** **The control of constitutionality: the American model**
João Carlos Souto
- 135** **Norms for collaborators**

APRESENTAÇÃO

O ano de 2006 apresenta-se, para a UPIS, pleno de realizações e perspectivas:

- Em dezembro, completará 35 anos de pioneirismo e excelência no ensino superior.
- O curso de Direito, com 7 anos de existência, bacharela a 5ª turma e firma alto conceito de qualidade no ensino jurídico.
- A conquista do vice-campeonato nas Olimpíadas Universitárias Brasileiras (JUB's) veio acompanhada do tricampeonato de vôlei masculino (marca inédita na história dos jogos universitários até então), do bicampeonato de vôlei feminino, além de inúmeras medalhas nas diversas modalidades dos jogos.

É a marca inafastável da qualidade e da competência, com que a UPIS finca, de forma definitiva, o conceito de excelência dentre os centros universitários congêneres do Distrito Federal. Pioneira na área de estudos sociais, a UPIS foi firmando liderança incontestável nas ciências do campo (veterinária, zootecnia e agronomia) e conquistando lugar de destaque em administração, marketing, hotelaria, comércio exterior e turismo, além de impor-se nas áreas das ciências contábeis e econômicas e de secretariado executivo.

Atenta à importância do curso e à do mercado, a UPIS, mais recentemente, inaugurou o bacharelado em direito, cujo sucesso pode ser medido pelo acompanhamento dos egressos, seja nos excelentes resultados obtidos nos exames de Ordem, seja na colocação no mercado de trabalho. Reflexo de tal sucesso traduz-se pela quantidade crescente de alunos em busca de ensino de qualidade, igualando a procura por cursos com a tradição e a excelência do bacharelado em administração, para citar um exemplo.

Com a formidável política de apoio ao aluno atleta, a UPIS tem se destacado nas disputas esportivas no Distrito Federal e no cenário nacional.

Com essas alvíssaras, a Revista UPIS de Direito rende justas homenagens à mantenedora, exortando-a, cada vez mais, ao aperfeiçoamento da Instituição.

O ano de 2006 registra, também, uma perda irreparável para o direito brasileiro: a morte do venerado jus-filósofo Miguel Reale.

Artesão da filosofia e da ciência jurídica brasileiras, Miguel Reale inseriu sua estrela na constelação dos grandes juristas brasileiros, ao lado de Barbalho, Filadelfo Azevedo, Levi Carneiro, Pontes de Miranda, Hungria, Buzaid, Bonavides e tantos outros.

Com sua obra *Fundamentos do Direito (1940)*, Reale formula a Teoria Tridimensional do Direito, lançando as bases da compreensão da ciência jurídica sob o tríplice prisma do fato social-valor-norma. Sua teoria revolucionária não se acomodou em nossas fronteiras: vai além, com grande repercussão, no mundo jurídico, pelo confronto com a bidimensionalidade das doutrinas precedentes.

O desaparecimento de Reale deixa grande lacuna no cenário jurídico, apenas compensado pela perenidade de sua obra que, certamente, vai continuar inspirando gerações de juristas.

Coincidentemente, esta edição insere artigo em que é feita detida análise filosófico-jurídica sobre tema cada vez mais em evidência: os conflitos gerados a partir de convicções político-religiosas do médio-oriente, exatamente sob a ótica do jusnaturalismo de Miguel Reale.

Abre a Revista a carta do professor doutor Jairo Bisol aos jovens estudantes, convidando-os a profunda reflexão sobre a carreira jurídica.

Como novidade, foi inserido um fórum para opiniões sobre temas polêmicos. Dois foram os assuntos escolhidos para esta edição: o *aborto anencefálico* e a questão dos *mandados de busca e apreensão em escritórios de advocacia*. O fórum abriu espaço para ouvir opiniões divergentes de renomados juristas.

No momento em que a sociedade brasileira discute, revoltada, a pressão da carga tributária, o artigo sobre a CIDE - *Contribuição de intervenção no domínio econômico* – aborda a matéria com profundidade e competência.

Finalmente, o artigo sobre *controle de constitucionalidade* apresenta peculiaridades no estudo do controle difuso, com base na larga experiência do autor: os antecedentes que teriam inspirado Marshall na célebre decisão tomada no *leading case Marbury vs. Madison*.

O Editor

Jairo Bisol

*Promotor de Justiça do DF. Doutor pela UFPE.
Professor da UPIS.*

Carta aberta a um jovem estudante de Direito

“A teoria do sentido é formada por uma série de paradoxos. Que esta teoria não seja separável de paradoxos explica-se facilmente: o sentido é uma entidade não existente, ele tem mesmo com o não-senso relações muito particulares.”

Gilles Deleuze, in Lógica do Sentido

Meu amigo estudante,

dou razão a Dante quando sublinha no inferno de sua comédia, com Aristóteles, que tanto o prazer quanto o sofrimento são experimentados mais intensamente pelos espíritos elevados. De fato, as almas sensíveis e evoluídas são mais suscetíveis às chamadas dos bátracos desta vida e da outra que o ledo infortúnio dos estúpidos. Daí estar convencido que não levarás a mal o desassossego pouco dissimulado nessas confissões que traço publicamente, apesar da condição formal de professor. Afinal, de um espírito jovem e vigoroso como o teu, tão preñado de esperanças e utopias, tão voltado para o futuro, não espero julgamento; apenas o afeto e a compreensão que a amizade nos alcança.

Não se trata de desencanto - nem mesmo diatribes - o que vou tecer com palavras confessas; estou convicto da profunda relevância social e histórica das funções públicas a que o curso de direito conduz, do mesmo modo que nutro inabalável respeito pelo exercício do magistério. Anote-se também, por fundamental, não me é dado confessar o que não possuo: a verdade cristalina. Tramo angústias provavelmente inquinadas pelos pobres diabos que me habitam, e nada mais. E quem não carrega suas diabruras? Que ninguém as tome, portanto, como agressões às instituições que vou comentar. Simplesmente sou dos que crêem no acaso dessa era; creio numa realidade caótica em avançado estado de decomposição, exalando miasmas nos quais somente os narizes mais sutis e delicados podem distinguir os sopros que ensaiam a vida futura. Uma época de morte profunda, pois a morte é que dá lugar à vida. Daí ser mera aparência a aura tanatoscópica que cinge o meu discernimento.

Acho, por exemplo, que as duas torres do “World Trade Center” jurídico da modernidade desabaram e os juristas, ostentando patética indiferença, fingem que nada aconteceu. O Direito Penal e o Direito Civil – cada qual com seu respectivo processo –, tal como são tomados e reproduzidos em nossa cultura jurídica, são cadáveres que esqueceram de morrer, ciências derruídas que se guindam de suas tumbas ferais como mestos fantasmas, assombrando gerações indefesas de juristas em formação. Jurisdicionar conflitos de pretensões resistidas num prazo de seis, oito, dez, doze anos ou mais, significa tutelar efetivamente direitos subjetivos? Numa sociedade globalizada e massificada a intersubjetividade pode permanecer legitimamente no epicentro da cena jurídica? Não se encontra ultrapassada uma dogmática cuja mola mestra se apóia em conceitos pandectistas como os de *pretensão e lide*? A relação creditícia exemplar entre Caio e Tício pode ser tomada como núcleo de relevâncias jurídicas no mundo contemporâneo? Você crê num equacionamento da questão da violência criminal pelo instrumento teórico das ciências penais? Será crível uma política criminal sustentada no conceito analítico de crime? Diga-me, do fundo de sua alma: um Promotor de Justiça – ou mesmo um Juiz criminal - lida efetivamente com o crime ou acaba (dis)traindo seu próprio destino, manipulando a dogmática jurídico-penal em pilhas e mais pilhas de... papel? Meu amigo, trata-se de um modelo judicial em que nos dedicamos quase que exclusivamente aos processos e esquecemos que por detrás deles existe uma realidade em ebulição. Acho que os juristas e os legisladores pátrios deveriam atentar urgentemente para a falência generalizada do nosso sistema judicial. Não creio suficiente a reforma da magistratura que se cogita, por profunda que seja. É preciso reinventar os fundamentos de nossa cultura jurídica.

Ninguém gosta de ver contestado o núcleo de seus pensamentos e valores mais arraigados, o que sugere a estas confissões um estranho paradoxo da insanidade: quanto mais estou com a razão, mais o louco sou eu. Para a normalidade entorpecida, o desvelamento de certos contornos da realidade deixa entrever o que não deveria ter ousado mirar, o vezo insustentável de irracionalidade em que estas estruturas decadentes se apóiam. As razões de uma era decadente tecem máscaras que ocultam o rosto da insanidade. Se Balzac tem razão quando sustenta que elegante é parecer ser o que se é, então posso compreender a decadência em sua irrefletida precipitação num tempo que já não volta mais: eis a mais renitente deslelgância que se itera na história. Talvez por esse mesmo motivo, desnudar as incoerências de uma era decadente no breu dos interlúnios não passe também de uma atitude insana. Eu diria, porém, com Balzac: Uma loucura? Talvez... Ao menos uma loucura elegante.

Mesmo correndo o risco de ser pichado de insano pelos juristas mais arraigados à tradição, meu amigo estudante, proponho uma breve investigação - ainda que excessivamente vertical - de nossas práticas jurídicas, justo ali no campo da linguagem em que, creio eu, ele começa a tocar mais a fundo a alma dos operadores do direito, nuclearmente o advogado, ou o defensor, em suas intercorrências com juízes e promotores.

Não há Promotor de Justiça que não elenca, no rol de suas atribuições mais fundamentais, a de fiscalizar a lei - a tão decantada função de *custus legis*. No entanto, o que significa esta expressão? Duas são as questões que inquietam um observador mais atento: 1. *O que é na lei passível de ser fiscalizado?* 2. *Como se fiscaliza o que é na lei fiscalizável?* De igual modo, a idéia de jurisdição conduz a um magistrado ideal - politicamente irresponsável pela elaboração normativa, por suposto - ao qual cumpre a tarefa fundamental de, “dizendo objetivamente a lei”, solucionar os conflitos judicializados. Mas, afinal, o que é na lei o que o juiz jurisdiciona? Como se jurisdiciona o que na lei é passível de ser jurisdicionado? O argumento pode ser estendido a todas as funções estatais que lidam com a lei, perfazendo o rol das profissões dos chamados “operadores do direito”. Tomando estas questões pelo viés da linguagem, talvez possamos colocar em cheque a verdadeira natureza dessas funções, deixando entrever algo escandalosamente distante do que cada um destes “órgãos” do poder público julga efetivamente fazer em suas atividades estatais cotidianas.

Ademais, perguntas como estas podem causar embaraço semelhante ao incauto que, por debruçar sua curiosidade sobre temas da teoria geral do conhecimento, marrou-se com uma questão filosófica fundamental: tomando, nos dias de hoje, o “conhecimento verdadeiro” na acepção mais difundida entre nós, a clássica fórmula do *adaequatio rei et intellectus* - ou seja, a verdade como a perfeita adequação do olhar ao objeto - será possível sustentarmos ainda que conhecemos efetivamente qualquer coisa? A reação do pensamento comum é dogmática. Numa atitude reversa, projeta sua própria ingenuidade como atributo da pergunta, desvencilhando-se por este viés da árdua tarefa de enfrentá-la. Afinal, sendo óbvio ao senso comum o fenômeno do conhecimento, parece absolutamente despropositado questionar a sua possibilidade. Pouca luz nos oferece a posição antitética: o cético coerente nega com veemência toda e qualquer forma de conhecimento, propondo a pirrônica *ephoké*, a suspensão radical do juízo como única saída plausível à aporia do conhecimento, ainda que isto implique abdicar da própria razão. Ao fim e ao cabo, almas turbadas sem as telas da razão perseguem o seu quinhão de lenimento no abismo hiante da irracionalidade, entregando-se às paixões que fermentam os vícios de toda a sorte.

Assumindo abertamente a ingênua atitude dos dogmáticos, Juízes e Promotores – como de resto, os juristas em geral - tendem a responder as perguntas sobre o sentido da lei afirmando com toda a soberba: “*Ora bolas, o sentido da lei é aquele que está contido em suas palavras. Basta interpretá-las, manejando adequadamente o não menos adequado instrumental hermenêutico, para chegar-se ao sentido correto do texto legal. Isto se aprende na escola, afinal de contas*”.

Não há como se negar, o que se fiscaliza ou jurisdiciona na lei não é a sua base sígnica, uma seqüência gramaticalmente articulada de palavras, mas o sentido normativo que ali se julga veicular. Não sou eu, mas toda a filosofia e toda a ciência da linguagem – tanto nos campos da semântica como na pragmática, bem como em seus desdobramentos semióticos e semiológicos – desde o século XIX, já sabem que os textos em geral, e a lei em particular, não possuem sentidos apofânticos passíveis de serem corretamente explicitados pela via da interpretação; já pelo simples fato de nenhuma linguagem ser capaz de emprestar aos signos razoável unidade de sentido, salvo as linguagens formalizadas, carentes de qualquer tipo de conteúdo, em que se comunicam somente as formas puras das estruturas lógicas.

Interpretar é bem mais do que extrair um sentido prévio. É algo como parafrasear, reinventar o sentido supostamente intencionado, numa reconstrução lúdica e criativa. Antes do que simplesmente extrair, interpretar é também colocar sentido nos signos verbais. A literatura desde sempre intuiu a absoluta equivocidade do significado das palavras. Nem é preciso sustentar-se que o sentido das palavras é irreal, algo de absoluta inexistência, como sugere Deleuze: o fato que me parece insofismável, é que ele é terrivelmente irrequieto e difuso e, por isso mesmo, indomável. Shakespeare nos oferece em ‘A tempestade’, um diálogo precioso, uma acalorada discussão entre as personagens de Gonzales a Sebastian logo após o naufrágio de sua embarcação: “*Vós haveis falado mais acertadamente do que estava em vossa intenção*”, vocifera Sebastian, pelo que Gonzales retruca: “*E vós haveis entendido mais inteligentemente do que eu o falei*”. O exemplo está na introdução ao pensamento jurídico de Karl Engisch. Bem observado, o sentido é um vulto esquivo que reluz e se esvai entre sílabas, pontos e ditongos para ressurgir logo adiante, totalmente reinventado por outros olhos que fitam os mesmos acidentes lingüísticos.

Não por outro motivo muitos autores vêem a tarefa de interpretação e aplicação da lei como “hermenêutica” no mais radical sentido etimológico, o de Hermes Trismegisto, uma figura mitológica sedutora e complexa, deus grego tecido por infinitos deslocamentos por força de sua natureza móbil e ambígua: o mensageiro que traz à luz os sentidos ocultos na palavra divina - a palavra inspirada de natureza

mágico-religiosa, palavra numinosa apoiada num saber mântico, palavra eficaz que se apóia num complexo jogo de ambigüidades estranho à lógica disjuntiva da razão. Mais do que um arcaico rei-de-justiça urdindo julgamentos de ordálias, procurando os desígnios divinos entre fumos e faíscas, o hermeneuta moderno tenderia, nessa leitura pouco vulgar, ver em Deus a sua própria imagem: sendo Deus entre deuses, por sua vocação evemerista assume de imediato a postura do justo, o que promove e distribui entre as gentes, através de sua hermenêutica jurídica, uma justiça oculta sob o manto divino das palavras da lei. Ora, seria bem mais honesto assumir a atitude divina e transparente das Musas de Hesíodo, reconhecendo “muitas mentiras dizer símeis aos fatos”, e apenas quando lhe interessa “dar a ouvir” a verdade como “revelação”, tomando em seus julgamentos os fatos tais como eles são. Acovilhado pelos jogos de poder, o jurista contemporâneo prefere vestir a máscara cínica da neutralidade sob as cunhas de “*la bouche de la loi*”, do modelo subsuntivo de aplicação do direito e, por fim, da existência ingenuamente suposta de uma norma jurídica pensada como unidade estruturante do sistema normativo, uma *ratio decidendi* apriorística objetivamente aplicável aos fatos judicializados. Ocultos sob esta complexa máscara de inspiração epistêmica, permanecem os juristas alheios à elegância dos deuses e agarrados tão-somente às migalhas humanas que os poderes divinos lhes alcançam.

Ainda que se acusem excessivamente literárias estas leituras, tenho para mim que o direito da modernidade, valendo-se da neutralidade inspirada pela máscara da ciência, supera todas as epifanias antropomórficas da “época trágica dos gregos”, manifestando a reencarnação do último grande mito da civilização clássica: o mito da razão. Para o direito da modernidade, nada mais racional do que o fundamento normativo, a *ratio decidendi* apriorística contida no texto legal, não como base sígnica, mas como sentido normativo. Eis em toda a sua plenitude o mito da razão normativa. Se as palavras da lei não possuem um tal sentido apofântico, se o texto legal, como de resto qualquer texto, é antes um flexível receptáculo do que um portador de sentidos exatos, então não há propriamente um fundamento normativo, não há o que se fiscalizar na lei nem o que possa ser objeto de jurisdição. A lei é apenas um ponto de partida, uma fórmula mais ou menos vazia, nem tão vinculante, nem tão inafastável como a metodologia jurídica moderna nos ensina.

Ademais, a hermenêutica filosófica acrescenta que não há *interpretatio* sem *aplicatio*, o que significa que o sentido da palavra só pode ser ultimado diante do mundo concreto, diante da coisa real que com ela pretendemos designar... Não se interpreta palavras em tese. Em termos semióticos, o significante relativiza o significado do signo lingüístico. Projetando esta questão no direito, podemos dizer

que a realidade problematiza o sentido do texto legal. Se o sujeito falsifica uma chave para abrir um cadeado e subtrair do interior de um quarto um objeto de valor, comete furto qualificado por emprego de chave falsa. Mas se utiliza uma micha, ou mesmo um pedaço de arame para fazer funcionar o segredo do cadeado, trata-se ainda de furto qualificado com emprego de chave falsa? Eis os fatos, uns problematizando mais, outros menos, o sentido do texto legal...

Veja, meu amigo estudante, no fundo este é o núcleo de minha confissão. Se fosse cunhá-la formalmente, o texto poderia ser algo mais ou menos assim:

“Meu caro amigo estudante, eu, Jairo Bisol, Professor Universitário e Promotor de Justiça, angustiado com as conclusões decorrentes de minhas pesquisas em direito e de minha vivência profissional, te confesso: o fundamento normativo não passa de um mito da racionalidade jurídica moderna. Não há sentido unívoco na lei, pelo que somente é passível de fiscalização a sua validade formal, ou seja, a pertinência ou não de sua base sgnica – e ainda assim com terríveis limitações. Não há sentido normativo fiscalizável objetivamente, e quando fiscalizamos alguma coisa, antes inventamos o sentido para somente então fiscalizar o que acabamos de fazer, numa espécie de círculo vicioso: fiscalizo minha própria invenção. A rigor, não há o que se fiscalizar na lei. Não resta dúvida que a lei é um discurso normativo, embora seja um discurso vazio. Sem rodeios ou meias palavras, meu caro amigo, a “norma jurídica”, entendida como ratio decidendi apriorística, dotada de força vinculante e capaz de emprestar validade às decisões judiciais, não passa de um mito da razão moderna: simplesmente não existe!”

Ora, se perguntando sobre o que é na lei o que nós juízes e promotores jurisdicionamos e fiscalizamos, chegamos à conclusão de que é algo que não existe, tal resposta negativa deixa entrever uma certa arrogância da condição de fiscal ou de aplicador: para fiscalizar um sentido inexistente, é preciso arrogar-se o dom de constituir este mesmo sentido, bem como o direito de ocultar a tarefa demiúrgica que este poder encerra. Ocultar o verdadeiro sentido de nossa atividade, a uma só palavra, pode significar hipocrisia. Ossos do ofício: esta triste realidade não necessariamente se confirma. Prefiro crer, com todo o esforço de meu coração, em que pese minhas irrequietas conclusões, que nós promotores e juízes, em nossas práticas jurídico-decisórias cotidianas, não somos propriamente hipócritas. Antes, somos ingênuos, demasiadamente ingênuos.

O contexto de nossas práticas judiciais, no entanto, os jogos de poder e interesses que as cercam, estes sim fulminam a ingenuidade de nosso criacionismo judicial e acabam condenando-nos à vala medíocre e ignóbil da hipocrisia. O criacionismo ingênuo e independente produz decisões mais ou menos prudentes, uma justiça mais ou menos qualificada, conforme a qualidade moral e a sabedoria de cada operador do direito. Já a manipulação sorrateira e comprometida dos sentidos da lei, feita em nome de interesses que se movem pelas tramas dos caminhos ocultos e dos vínculos secretos, dos que nunca se assumem e nem se apresentam de peito aberto, encarna a verdadeira hipocrisia, corrompendo a justiça e produzindo a desgraça de nossas instituições. De qualquer sorte, fico feliz pela tua formação, teus estudos avançados em direito, especialmente ao perceber que o compromisso ético dos estudantes está dirigido ao futuro, a uma reconstrução dos sentidos do mundo, dirigida a novas utopias, e não a um sentido conservador, comprometido com um passado em que pouco há para se conservar.

Por fim, sou comovido por Epicuro quando diz que Deus quer e Deus pode acabar com os males do mundo, mas assim Ele não o faz por desígnios que lhe são próprios, divinos e inalcançáveis, restando a nós, reles mortais, acreditarmos que Deus ajuda a quem se ajuda, e assim Ele o faz por meio dos outros. Portanto, nada é mais caro ao ser humano do que seus amigos, seus amores e seus afetos. Meu querido estudante, desde esta perspectiva afetuosa, pouco importa que o fundamento normativo que eu julgo fiscalizar não exista. A bem da verdade, escrever estas linhas tortas para, ao final, mandar-te um grande abraço e dizer que a vida é bela e é para ser vivida, e que o nosso destino é reinventá-la, dia a dia, já valeu a pena.

Saudações acadêmicas, do amigo,
Jairo Bisol.

Resumo

O autor, em tom coloquial, dirige-se a um aluno imaginário e, numa aproximação filosófica-afetiva, elabora sutil argumentação convidando o estudante a breve investigação do universo normativo, sobretudo no que respeita ao sentido das leis e daí, necessariamente, abordando as questões clássicas da interpretação e da fiscalização. Nesse campo, seguindo as linhas mestras de Gadamer, o autor define o direito da modernidade como o ressurgimento do *mito da razão*, calcado na racionalidade do fundamento normativo, a *ratio decidendi*, separada, necessariamente,

dos *obiter dicta*. É nesse contexto coloquial que o autor, um dos decanos dentre os professores desta Faculdade de Direito, dirige ao corpo discente uma mensagem de estímulo à indagação consistente, para que possa verdadeiramente entender a complexidade e o valor da carreira que abraçou.

Palavras-chave: *Ratio decidendi* – Direito da modernidade – Interpretação – Inter-subjetividade.

Abstract

The author, in a colloquial mode, addresses an imaginary student and in a philosophical and affective approach, develops a subtle argument inviting the student to a brief investigation on the normative universe, especially on the meaning of laws and then the issues of interpretation and fiscalização. In this domain, and accordingly to guidelines of Gadamer, the author defines the law of modernity as the resurgence of the myth of reason, based on the rationale of the normative ground, a *ratio decidendi*, separate, necessarily, of the *obiter dicta*. In this colloquial context the author spells out a message of incentive to the sound inquiry as a way of a faithful understanding of the complexity and the value of the career he embraced.

Key words: *Ratio decidendi* - Law of modernity – Interpretation – Intersubjectiveness.

Resumen

El autor dirigiese a un estudiante imaginario y, en una aproximación filosófico-afectiva, elabora un argumento sutil invitando al estudiante a una breve investigación del universo normativo, sobretodo en lo que atañe al sentido de las leyes e a partir de esto, abordando las cuestiones clásicas de la interpretación y de la fiscalización. En este campo, de acuerdo con las líneas maestras de Gadamer, el autor define el derecho de la modernidad como el resurgimiento del mito de la razón, basado en la racionalidad del fundamento normativo, a *ratio decidendi*, apartada, necesariamente, de los *obiter dicta*. Es en este contexto informal que el autor, uno de los decanos, dirige un mensaje de estímulo a la indagación consistente, para que el estudiante pueda entender verdaderamente la complejidad y el valor de la carrera que ha elegido.

Palabras clave: *Ratio decidendi* - Derecho de modernidad – Interpretación - Inter-subjetividad.

FÓRUM DE OPINIÕES

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, estabelece, em seu artigo 133, que “*o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*”.

Ao alçar o advogado ao nível de “preceito constitucional”, o constituinte brasileiro definiu-o para além de sua atividade estritamente privada, qualificando-o como prestador de serviço de interesse coletivo e conferindo a seus atos múnus público.

Não há outro profissional com *status* equivalente. Para alguns, trata-se de privilégio, mas, na verdade, trata-se de compromisso com a coletividade, verdadeira promissória social que assumimos ao proferir o juramento solene do advogado, que diz:

“Prometo exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”.

Esses compromissos, que excedem os deveres corporativos, nos tornam homens públicos, comprometidos com o conjunto da sociedade e suas instituições, ainda que sem mandato político ou cargo funcional no Estado. Muitos confundem a defesa das prerrogativas com privilégios corporativos quando, na verdade, trata-se da defesa da cidadania. É o direito do cliente que está em pauta, quando se exige, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, que se respeite a inviolabilidade do local de trabalho do advogado, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas e afins, salvo em caso de busca ou apreensão determinadas por magistrado.

Comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, quando se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis, são prerrogativas inegociáveis da advocacia, assim como também o ingresso livre nas prisões, mesmo fora da hora de expediente.

Trata-se, repito, de direitos constitucionais e legais, para o efetivo exercício profissional, e não de privilégios. Não se reivindica que o advogado deixe de se submeter, como qualquer outro cidadão, aos controles de segurança das penitenciárias – os aparelhos detectores de metais. O que é inadmissível é que sejam discriminados e submetidos a determinadas revistas que devem caber apenas aos detidos.

Não há sequer necessidade de contato físico entre advogado e cliente nas penitenciárias. Esses direitos não são apenas dos advogados, mas da cidadania. Voltam-se para o legítimo, eficiente, civilizado e pleno exercício da justiça, da liberdade e da cidadania. São direitos que se destinam aos jurisdicionados e aos cidadãos, para que tenham uma Justiça (vale a redundância) efetivamente justa.

Por isso, consideramos que os ataques às prerrogativas da advocacia são um sinal perigoso e podem resultar no enfraquecimento da profissão, na redução de cidadania. Se o advogado não pode atuar com independência e liberdade, o que está em risco é a democracia - e com ela a cidadania.

Por essa razão, a OAB lançou, em 2004, campanha nacional em defesa dessas prerrogativas, ameaçadas ciclicamente de supressão, a pretexto de combate à criminalidade. Também ao tempo da ditadura, conspirou-se contra as prerrogativas do advogado, àquele tempo a pretexto de defesa da segurança nacional, que acobertava tortura a presos políticos e outras violações a direitos humanos e constitucionais.

Ontem como hoje, o que está em pauta é a defesa da liberdade e da cidadania. Não importa se quem está em pauta é pobre ou rico, influente ou não. Todos têm direito à presunção de inocência, ao contraditório, ao devido processo legal. Ninguém pode ser condenado senão mediante sentença transitada em julgado. E o advogado é o elo efetivo entre esses direitos elementares de cidadania e a Justiça.

Quando se conspira contra ele, conspira-se contra o bem comum. Como disse Ruy Barbosa, “legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado”. Sem elas, não há justiça, nem cidadania. Se há maus profissionais, que não honram esses pressupostos, a solução não é tomá-los pelo todo e a pretexto deles punir a coletividade, suprimindo-lhe direitos. Até porque os transgressores são minoria.

A OAB, no que concerne ao cumprimento dos deveres éticos e legais por parte dos advogados, tem sido implacável nas sanções disciplinares, sem prejuízo do direito de ampla defesa.

Sabemos da distinção com que nossa atividade é qualificada na Constituição, o que muitos nos honra. Mas sabemos também que a contrapartida inapelável a essa honraria – e não há prerrogativa sem contrapartida - é o sagrado compromisso com a ética. Esse, o dever máximo da advocacia, que resume e contém todos os demais.

Resumo

O autor ressalta a importância que a Constituição Federal confere à ação do advogado na administração da justiça e, a partir desse enfoque, defende a integridade no exercício da profissão, que não pode ficar à mercê de eventuais ataques às prerrogativas do advogado, quando no exercício da sua profissão, inclusive a da inviolabilidade de informações sob sua custódia, sob pena de redução da cidadania e, por via reflexa, da própria democracia.

Palavras-chave: Prerrogativas – Cidadania – Democracia – Legalidade – Ampla defesa – Inviolabilidade.

Abstract

The author highlights the importance granted by Federal Constitution to the performance of the lawyer in justice management and, from this perspective, reasserts the integrity in the exercise of profession which can not be subject to eventual attacks to the prerogatives of the lawyer when exercising his profession - especially the inviolability of information under his guard - what threatens citizenship and, ultimately, democracy itself.

Key words: Prerogatives – Citizenship – Democracy – Legality - Unviolability.

Resumen

El autor destaca la importancia otorgada por la Constitución Federal al rol del abogado en la gestión de la justicia y, desde esta perspectiva, reafirma la integridad en el ejercicio profesional lo cual no puede estar sujeto a ataques a las prerrogativas del abogado en el ejercicio de su profesión, especialmente la inviolabilidad de la información bajo su guarda, lo representa un riesgo de restringir la ciudadanía y, por ende, la propia democracia.

Palabras clave: Prerrogativas – Ciudadanía – Democracia – Legalidad - Inviolabilidad.

Rodrigo Carneiro Gomes

Delegado de Polícia Federal. Professor da Academia Nacional de Polícia. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Pós-graduando em Segurança Pública e Defesa Social pelo NUSP/UPIS.

Contornos do mandado de busca e apreensão - Requisitos e controle da atividade policial

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O contexto da polêmica a respeito de “supostas” invasões em escritórios de advocacia - 3. Alegações genéricas e sem respaldo - 4. A imprescindibilidade da atuação do advogado e os limites da inviolabilidade do seu escritório - 5. Os instrumentos normativos de controle da atividade policial e a doutrina - 6. Mandado genérico - 7. O cumprimento do mandado de busca e apreensão requisitos e execução. O que e quando - 8. Conclusão.

1. Introdução

Nos últimos meses, temos visto a mídia noticiar, com grande alarido, que a Polícia Federal estaria “invadindo” escritórios de advocacia.

Muitas vezes é noticiado ou comentado pelas pessoas que a Polícia *invadiu* a favela, o morro, a “boca de fumo”.

Temos que diferenciar quando a referência é meramente ilustrativa, pois não se faz um procedimento de busca e a conseqüente apreensão sem ordem judicial e sem procedimento criminal em curso (inquérito policial ou ação penal).

A ouvidos leigos da população marginalizada e da sociedade civil organizada, a notícia de “invasões de escritórios de advocacia” caiu como uma bomba, especialmente pelo prestígio e confiança de que goza a PF. A Polícia Federal de combate à corrupção, ao colarinho branco, ao narcotráfico internacional estaria violando prerrogativas dos advogados, logo eles que ocupam papel importante na defesa de direitos individuais e coletivos ameaçados pela grande máquina administrativa do Estado, essenciais para assegurar ao cidadão comum a defesa de seus direitos e interesses frente ao Estado Leviatã de Thomas Hobbes.

A Polícia Federal, embora vinculada ao Poder Executivo, goza de ampla autonomia nas investigações policiais. Não há nenhuma incursão policial baseada em ideologia, crença ou raça.

Na Polícia Federal da Constituição Federal de 1988, não existe polícia capaz, polícia comprometida com interesses políticos, estado policialesco ou ditatorial; nem se fala em direito penal do inimigo. A penalização de novas condutas não é pleiteada pelos profissionais de segurança pública, que pedem apenas uma dotação orçamentária razoável e seu respectivo repasse, lidando com conceitos novos como o de polícia comunitária e geoprocessamento.

Como posto pelo Delegado de Polícia Federal Helton de Abreu:

“Com a ordem democrática e o Estado de Direito, os instrumentos de repressão a infratores da lei tiveram que ser reformulados, a polícia se reestruturou, formando seus quadros não mais por obtusos brutamontes arregimentados entre os amigos do príncipe, mas por profissionais selecionados por meio de concursos de caráter público e transparente. As autoridades policiais não mais se esmeraram em suas refinadas habilidades de tortura, mas em suas virtudes intelectuais, em seus conhecimentos jurídicos, em seus complexos recursos de inteligência policial”. (Grifos no original).

A Polícia Federal não distingue, como dito alhures, crença, raça, religião, partido, riqueza ou pobreza. Havendo indícios de autoria e materialidade, é deflagrada a ação policial pela instauração de inquérito. A partir da instauração, toda a ação da Polícia Federal é controlada por membros do Poder Judiciário, do Ministério Público Federal, que detém o controle externo, e mesmo pelas ONGs, associações, sociedade civil e, com muito profissionalismo, pela imprensa escrita, falada e eletrônica. Das ações ainda participam, simultaneamente, órgãos como a Receita Federal, o INSS, o Banco Central.

Há, ainda, o controle externo do Tribunal de Contas da União – TCU (por meio das Secretarias de Controle Externo nos Estados – SECEX), quanto, por exemplo, à eficiência e economicidade das ações da Polícia Federal. Há, conjugado às ações de controle interno da Direção-Geral e da Corregedoria-Geral do Departamento de Polícia Federal, também aquele exercido pela Controladoria-Geral da União – CGU que possui poderes e competência para requisitar a instauração de processo administrativo disciplinar e avocar aqueles processados de forma tendenciosa.

As atividades pública e privada, nessa se enquadrando o exercício da advocacia, devem ser pautadas pela análise imparcial dos fatos e notícias, sem tomar nenhum partido; ao menos, antes da bilateralidade da audiência.

Na forma preceituada, sempre se pautou a Polícia Federal, pois é ínsito aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade; e eu acresço da transparência.

Essa é a posição da Polícia Federal e que esperaria, por isonomia, a igualdade no tratamento.

A perniciosidade e a potencialidade de dano à imagem de uma instituição do vulto da Polícia Federal é imensurável. O poder de convencimento de uma crítica genérica é muito próximo daquele fundado em dados concretos e palpáveis.

A preocupação é que “*uma mentira dita mil vezes, torna-se uma verdade*”, frase atribuída a Joseph Paul Goebbels, ministro da propaganda nazista, no ano de 1933, que não a escreveu sem razão.

O ponto de vista a ser explanado é que não existe qualquer “invasão” e, num momento posterior, discorrer sobre as hipóteses em que ocorrem as diligências policiais: o próprio profissional é o objeto da investigação ou o escritório tem sob a sua guarda o corpo de delito, o instrumento do crime ou o seu produto.

Assim, o que há de verdade e o que há de mentira?

2. O contexto da polêmica a respeito de “supostas” invasões em escritórios de advocacia

É tema entusiasmante a polêmica que se criou em torno da imputada conduta de “invasão” em escritórios de advocacia com suposta violação de prerrogativas e com mandados de busca e apreensão, tidos como ilegais, porque genéricos e cumpridos em local diverso daquele da jurisdição da autoridade judiciária expedidora.

A realidade contada, no entanto, é muito diferente da cotidiana do trabalho policial.

O que é invasão?

Para o art. 202 do Código Penal, há a figura típica da “invasão de estabelecimento comercial”:

“Art. 202 - Invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.”

E para o dicionário eletrônico Houaiss¹:

“ *Substantivo feminino - ato ou efeito de invadir*

1. *ato de penetrar (em local, espaço etc.), ocupando-o pela força*
 - 1.1. *migração acompanhada de violência e destruições*
2. *ato de alastrar-se e difundir-se maciça e rapidamente*
3. *difusão de largo alcance, propagação de alguma coisa de cunho abstrato*
4. *desrespeito, desconsideração, esp. em relação à vida pessoal de outrem; usurpação*
5. *Regionalismo: Brasil. Terreno, área ilegalmente ocupada por moradias populares*
6. *dir. int. pub entrada, sem prévia autorização, de forças armadas estrangeiras em território de um Estado*
7. *Rubrica: direito penal. Crime que consiste na entrada, sem autorização, em estabelecimento de trabalho com o objetivo de prejudicar as atividades normais ou danificar o próprio estabelecimento.*”

Para De Plácido e Silva (1991, p. 514):

“*INVASÃO. Do latim invasio, de invadere (invadir, arrebatam, assaltar, apoderar-se), em sentido geral significa toda penetração ou ingresso violento em terras alheias.*

Neste sentido, mesmo, chega a mostrar-se em equivalência a intrusão, embora nem sempre integre a idéia de apossamento, ou seja, traga o invasor a intenção de apossar-se das terras invadidas.

No sentido do Direito Civil, a invasão indica o apossamento violento de terras de outrem, caracterizando o esbulho. A violência, aí, decorre do fato de ser investida ou posse tomada contra a vontade do dono. O recurso legal que assiste ao dono do terreno invadido é o interdito de reintegração, se a invasão tiver ocorrido em menos de ano e dia, ou de embargos de obra nova, nos casos de construção.

Depois desse prazo, a ação será de força velha, ou seja, de reivindicação.

No sentido do Direito Internacional a invasão é a penetração belicosa das forças armadas de um país em território de outro. É considerada caso insólito, justificando a força maior e se mostrando caso de perigo comum.

Invasão. Também se diz de invasão para toda ação da pessoa, que tenta fazer o que não é de suas atribuições, mas se contém nas atribuições conferidas ou outorgadas a outrem.

É a invasão de funções ou de poderes.”

Por todo o exposto, resta claro que não há “invasão”, na concepção do Código Penal, ou semântica, além do que não se pode perder de vista que as diligências policiais são precedidas de ordem judicial, conjugada ao parecer do Ministério Público Federal; além de, em nome da transparência do serviço público policial, haver prévia comunicação à Comissão de Prerrogativas da OAB, apesar de o Departamento de Polícia Federal estar isento de tal obrigação por força de decisão liminar, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, que suspendeu a eficácia do art. 7º, II, parte final da Lei nº 8.906/94.

3. Alegações genéricas e sem respaldo

Em que pese a apregoada ilegalidade de procedimentos policiais, apenas uma representação foi formulada perante o Ministério da Justiça e, pelo que, internamente, até agora se apurou, não houve nenhuma ilegalidade no cumprimento das ordens judiciais. Até porque foram, efetivamente, encontradas pastas com a denominação “blindagem de bens”, com recurso à constituição de *offshores* uruguaias. Eu disse apenas *uma representação* e que, de plano, por determinação do Exmo. Ministro de Estado de Justiça originou sindicância, iniciando-se a devida apuração, sem corporativismo.

As alegações genéricas e sem fundamentação partem da crença geral de que o Estado de Direito vale *para os pobres e não para os ricos*, em sua grande parte industriais e empresários com efetivo trânsito entre as altas autoridades brasileiras, que pensam estar imunes ao paquiderme que é o nosso Estado, seja pela sua lentidão, seja pelo arcaico arcabouço jurídico recursal, judicial e administrativo-tributário.

As acusações genéricas são levianas e denigrem a imagem institucional e dos profissionais de alta qualificação e comprometimento pessoal, que fazem do risco de vida diário a sua maior contribuição para um Estado mais justo e igualitário, e nunca para um Estado em busca de manutenção do poder político.

Num país como o Brasil que, ao lado de Serra Leoa, tem a pior distribuição de renda do mundo; com índice de corrupção semelhante ao que tinha há 7 anos atrás, *grassa a impunidade*; assim mesmo, ainda querem amordaçar a Polícia Federal.

4. A imprescindibilidade da atuação do advogado e os limites da inviolabilidade do seu escritório

Já dizia Piero Calamandrei² que a parcialidade do advogado é a garantia da imparcialidade do Juiz.

Em recente artigo, publicado no “Jornal da Tarde”, José Reinaldo Guimarães Carneiro, Promotor de Justiça do GAECO, pontuou: ³

“... efetivadas as garantias, não se confunde a pessoa do advogado com a do cliente. Para o advogado ético, leal à causa defendida, foram instituídas as garantias. Ele é que tem a prerrogativa do sigilo. São para ele a inviolabilidade do escritório e a de comunicações, para bem representar o seu cliente às voltas com graves delitos do ordenamento jurídico brasileiro.”

Contudo, essa parcialidade e a prerrogativa do sigilo guardam limites na Constituição Federal e na Lei nº 8.906/94, e, especialmente, nas prerrogativas funcionais de magistrados, promotores e procuradores da república, delegados de polícia e servidores públicos em geral.

O sigilo profissional dos advogados é manifestação do direito de defesa, e não é esse o objeto das investigações e operações policiais e nem dos mandados de busca e apreensão. A incursão no inviolável local de exercício de atos da profissão nada interessa à Polícia Federal, enquanto ligado umbilicalmente à sua atividade-fim, qual seja a defesa de interesses de terceiros, face ao Estado.

Bem observou o delegado de Polícia Federal Célio Jacinto dos Santos que⁴:

“O jus puniendi estatal não pode ficar inerte diante da ofensa a bens jurídicos protegidos, não pode prescindir dos meios necessários ao esclarecimento dos fatos, suas circunstâncias, autores e partícipes, numa fase preparatória ou extraprocessual, aí surgindo então o direito à investigação estatal, que também coabita com a outra face da moeda, o direito à investigação do imputado ou do acusado, alçado a direito público subjetivo, equivalente aos direitos de ação e defesa, tudo isso, numa interpretação e integração já reconhecidas ao direito à prova”.

É de clareza solar que a legislação processual penal admite a busca em escritório de advocacia, especialmente se o advogado estiver na posse do corpo de delito (artigo 243, § 2º do CPP) ou se o próprio advogado for suspeito da prática

de algum ilícito. Nesse aspecto, os Tribunais Regionais Federais têm consignado, à exaustão, a legalidade do procedimento policial, que há décadas ocorre com fulcro na legislação citada:

Como assegurou o TARS⁵, “*mesmo que a coisa buscada seja determinada, e os executores devam limitar-se ao estritamente necessário para que a diligência se efetue, não há proibição legal de que sejam apreendidos outros objetos que constituem corpo de delito de infração penal*”. E, complementado por acórdão do TRF 3ª Região: “*não se poderia exigir que – a autoridade - conhecesse quais os documentos e arquivos continham, por assim dizer, as informações que interessavam à justiça*”, pois era necessária a “*análise de documentos fiscais envolvendo conhecimentos de finanças, de operações bancárias e de informática*”.⁶

É por isso que, com acerto, a eminente processualista Ada Pellegrini Grinover⁷ leciona que “*todas as liberdades têm feitiço e finalidade éticos, não podendo ser utilizados para proteger abusos ou acobertar violações*”:

5. Os instrumentos normativos de controle da atividade policial e a doutrina

A Instrução Normativa nº 11-01/DG-DPF-MJ⁸ assegura, em compasso com o art. 245, § 7º do CPP, o acompanhamento de toda a diligência de busca e apreensão por duas testemunhas, preferencialmente não policiais, ficando uma cópia do termo de diligências (auto circunstanciado) com o proprietário, morador ou preposto, com comunicação imediata do resultado à autoridade judiciária. Veja-se:

“70. Após a realização da busca, mesmo quando resultar negativa, será lavrado auto circunstanciado, assinado por duas testemunhas presenciais.

70.1. O resultado da diligência será imediatamente comunicado à autoridade judiciária.

70.2. Cópia do auto de apreensão será fornecida ao detentor do material apreendido.”

Mirabete, no seu “Código de Processo Penal Interpretado”,⁹ leciona:

“240.1. A fim de que não desapareçam as provas do crime, a autoridade policial deve apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem

relação com o delito (art. 6º, II). O art. 240 relaciona ainda objetos e pessoas que podem ser objeto da busca e apreensão tanto pela autoridade policial como pelo juiz, quando fundadas razões a autorizarem. Embora a busca e a apreensão estejam inseridas no capítulo das provas, a doutrina as considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas.

243.1. É de se notar que não se permite a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, em restrição advinda da necessidade de se manter o sigilo profissional e, mais ainda, do amplo direito de defesa. A proibição é restrita ao ‘documento’, não se estendendo a outras coisas, como armas, instrumentos ou produto do crime etc.”¹¹ (Destacou-se).

Contudo, mais adiante, o autor doutrina que, embora não seja permitida a apreensão de documento confiado ao advogado, essa apreensão torna-se legal, permitida, aceitável, quando o documento se consubstancia em “corpo de delito”. Veja-se:

“Além disso, a apreensão do documento é permitida quando se trata de elemento de corpo de delito, como, por exemplo, falsidade documental, estelionato por meio de contrato etc. Também é permitida quando o advogado não é patrono do acusado, é co-autor do ilícito ou possui papéis não em razão de suas funções.”

No direito norte-americano existe o *privilege attorney-client*, que é, nas palavras de Jail Benites de Azambuja, Juiz Federal e mestre em direito, “a liberdade de não ser obrigado a fornecer provas para instruir processo judicial, em situações que, normalmente, essa obrigação aparece”. Contudo, o *privilege* não se aplica na hipótese de *crime-fraud exception*, ou seja, quando o advogado extravasa o âmbito da simples assistência jurídica e se coloca na posição de partícipe ou co-autor, no que perde privilégio e se afasta o sigilo do profissional investigado.

Prossegue o insigne professor da Universidade Paranaense – Unipar:

“É claro e óbvio que a finalidade do privilégio é proteger a tutela do segredo e confiança entre o advogado e seu cliente, de modo que somente

possa ser rompida essa proteção caso haja o que os norte-americanos chamam de “razoável relação” entre a o crime/fraude e a comunicação entre o advogado e o cliente. De qualquer forma, a parte que invoca um privilege deve provar a ocorrência de seus elementos essenciais.

Cabe salientar, por exemplo, na década de 90, a ocorrência da crime-fraud exception nas causas envolvendo a indústria de cigarros, de vez que esta, sistematicamente, escondia dados de pesquisas desfavoráveis realizadas por elas nos escritórios de advocacia, sob o manto de proteção do privilege. Os advogados das indústrias de cigarros comandavam as pesquisas – em vez dos cientistas, para que os resultados pudessem ficar protegidos.”

Sem enveredar na seara de a quebra da imunidade do advogado ser quebra de **privilégio** ou **garantia** - porque entendemos que, perante o direito pátrio se trata de verdadeira garantia constitucional ao livre exercício da profissão - alcança-se a compreensão de que o que não é corpo de delito, instrumento ou produto do crime e diga respeito exclusivamente ao exercício ético da advocacia não é objeto de apreensão.

Pelo Art. 4º da Portaria nº 1288/05-MJ, são excluídos:

- “I. documentos relativos a outros clientes do advogado ou da sociedade de advogados, que não tenham relação com os fatos investigados;
- II. documentos preparados com o concurso do advogado ou da sociedade de advogados, no exercício regular de sua atividade profissional, ainda que para o investigado ou réu;
- III. contratos, inclusive na forma epistolar, celebrados entre o cliente e o advogado ou sociedade de advogados, relativos à atuação profissional destes;
- IV. objetos, dados ou documentos em poder de outros profissionais que não o(s) indicado(s) no mandado de busca e apreensão, exceto quando se referirem diretamente ao objeto da diligência;
- V. cartas, fac-símiles, correspondência eletrônica (e-mail) ou outras formas de comunicação entre advogado e cliente protegidas pelo sigilo profissional”.

A fim de corroborar a lisura dos procedimentos do Departamento de Polícia Federal, trago à colação outros dispositivos da IN nº 11/01-DG/DPF/MJ, que regem a nossa instituição desde o ano de 2001, e que antes mesmo dessa data recebiam o mesmo tratamento:

“SEÇÃO VI - DA BUSCA DOMICILIAR

65. *A busca domiciliar será feita mediante mandado judicial, precedida de investigação sobre o morador do local onde será realizada, visando colher elementos sobre sua pessoa (atividades, periculosidade e contatos), sempre que possível com a presença da autoridade policial e de testemunhas não policiais, observando-se as regras estabelecidas nos arts. 240 a 250 do CPP.*

67. *Ao representar perante a autoridade judiciária pela expedição de mandado de busca, a autoridade policial deverá fazê-lo de forma fundamentada, indicando o local onde será cumprido e, sempre que possível, o nome do morador ou sua alcunha e os fins da diligência.*

68. *No curso da busca domiciliar, os executores adotarão providências para resguardar os bens, valores e numerários existentes no local, preservar a dignidade e evitar constrangimentos desnecessários aos moradores.*

68.1 *Os executores da busca providenciarão para que o morador e as testemunhas acompanhem a diligência em todas as dependências do domicílio.*

69. *Ocorrendo entrada forçada em virtude da ausência dos moradores, os executores adotarão medidas para que o imóvel seja fechado e lacrado após a realização da busca, que será assistida por duas testemunhas não policiais.*

70. *Após a realização da busca, mesmo quando resultar negativa, será lavrado auto circunstanciado, assinado por duas testemunhas presenciais.*

70.1 *O resultado da diligência será imediatamente comunicado à autoridade judiciária.*

70.2 *Cópia do auto de apreensão será fornecida ao detentor do material apreendido.*

71. *A busca em repartições públicas, quando necessária, será antecedida de contato com o dirigente do órgão onde será realizada.” (Destacou-se).*

6. O cumprimento do mandado de busca e apreensão – requisitos e execução. O que e quando

Destaco os principais pontos da Portaria nº 1288¹¹, relacionado ao cumprimento de mandados de busca em escritórios de advocacia:

- a. participação de advogado na prática delituosa sob investigação;
 - b. instrumento ou produto do crime ou que constitua elemento do corpo de delito em poder de advogado;
 - c. documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração.
- (Art 2º, Portaria nº. 1288)

Outros pontos importantes:

Requisitos da representação de busca:

- *instrução do pedido com todos os elementos que justifiquem a adoção da medida;*
- *indicação, com a maior precisão possível: das **razões** da diligência do local, de forma fundamentada; da finalidade da busca; dos objetos que se pretende apreender. (Art. 1º da Portaria nº 1287/MJ)*
- *Mencionar na representação se no local de busca funciona escritório de advocacia;*
(Art. 1º, Portaria nº 1288).

Recomendação de execução da busca:

- *comunicação à respectiva Seção da OAB, antes do início da busca, facultando o acompanhamento da execução da diligência (Art. 1º, Portaria nº 1288);*
- *leitura prévia do conteúdo do mandado para preposto encontrado no local da diligência;*
- *comando e responsabilidade de Delegado de Polícia Federal;*
- *discreta, com meios proporcionais, adequados e necessários;*
- *sem a presença de pessoas alheias ao cumprimento à diligência;*
- *preservação da rotina e o normal funcionamento do local da diligência;*
- *backup de suportes eletrônicos, computadores, discos rígidos, bases de dados, por perito criminal federal especializado*
(Art. 3º da Portaria nº 1287/MJ).

Medidas após a execução do mandado de busca:

- *comunicação ao magistrado;*
- *objetos arrecadados ou apreendidos que não tiverem relação com o fato em apuração serão imediatamente restituídos a quem de direito, mediante termo nos autos. (Art. 4º, § 2º da Portaria nº 1287/MJ);*

- *faculdade de o interessado extrair cópia dos documentos apreendidos, inclusive dos dados eletrônicos, que não foram objeto de restituição, mediante justificativa, para evitar o uso protelatório em prejuízo da investigação.*

A comunicação à Seccional da OAB, ao advogado plantonista da Comissão de Prerrogativas, era prevista na parte final do inciso II, do art. 7º, da Lei nº 8.906/94. Teve sua eficácia suspensa pela liminar deferida na ADI nº 1127-8/PE, Rel. Min. Paulo Brossard, julgada em 06/10/94.

No entanto, há aqueles como o preclaro professor David Teixeira de Azevedo¹², que pugnam pelo contraditório prévio no mandado de busca e apreensão:

“... é de ser procedida à busca e apreensão em escritório de advocacia apenas depois de notificado o advogado do pedido formulado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, abrindo-se oportunidade de contrariedade, realizando em toda extensão o contraditório prévio. Ainda que procedente pela presença dos requisitos cautelares da busca e apreensão, o advogado deverá ser intimado a prestar as informações e oferecer os documentos dentro do prazo fixado judicialmente. Se houver descumprimento, aí sim é caso de busca e apreensão.”

Essa pretensão de contraditório prévio não se coaduna com o modelo brasileiro do inquérito policial inquisitivo, sigiloso e nem lhe garante a Constituição Federal, vista sob a ótica do Excelso Pretório.

Azambuja (Centro de Estudos Judiciários – Conselho da Justiça Federal, 2005), arremata, ao criticar o disposto na novel Portaria nº 1288-05/MJ:

“...dois pontos merecem consideração mais acurada. Primeiro, a necessidade de acompanhamento do advogado na realização da diligência, que a Portaria resgata. Todavia, nesse aspecto o ato ministerial é absolutamente inócuo e inconstitucional. Havia previsão, quanto a esse aspecto, no art. 7º, II do EOAB, mas o Supremo Tribunal Federal, ao julgar Questão de Ordem na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1127 / DF, suspendeu exatamente a expressão “e acompanhada de representante da OAB”, sob o fundamento, conforme o voto do Ministro Relator Paulo Brossard, de que isso subordinaria a realização do ato estatal ao alvedrio da entidade fiscalizadora da profissão.

Considerando que, por força da Lei n. 9868/99 e, agora, com a redação do art. 102, § 2º da Constituição da República, com a redação da Emenda Constitucional n. 45/2004, as decisões proferidas no controle abstrato são vinculantes, tanto ao Judiciário quanto à Administração Pública, a Portaria, neste tópico, não pode produzir qualquer efeito.

... o âmbito da Portaria extravasa, muito, o de simples Portaria, ingressando na esfera da própria investigação policial e processual. É certo que portaria ministerial não tem o condão de inovar a ordem jurídica, com expedição de comandos primários.

No caso, a portaria em comento extravasou em muito os limites de ato interno destinado à administração do Departamento de Polícia Federal, prevendo normas processuais penais, cujo berço somente pode ser a lei e não mero ato administrativo, ainda que normativo.”

A revitalização do dispositivo legal na Portaria ministerial, em uma releitura da interpretação conforme a Constituição, só pode ser entendida, para que haja razoabilidade e proporcionalidade, com as ponderações feitas pelo Ministro Relator da citada ADI, “in verbis”:

“Se a busca e apreensão é determinada por Juiz competente, ela há de fazer-se sob a sua autoridade e responsabilidade e não ficar na dependência de quem não exerce poder jurisdicional, ensejando a frustração da medida. Pode haver urgência na sua execução, e é natural, a maior reserva, sob pena de tornar-se inócua; se o Juiz antes de executar sua decisão dela devesse dar ciência à OAB, algumas pessoas dela teriam prévia notícia, com as inevitáveis e óbvias conseqüências; ou o caso é de busca e apreensão ou não é; se for, tem de ser executado com presteza, exação e reserva, se não for, o Juiz não o determinará.¹³” (Destacou-se).

Alguns propalam, ainda, que gera intranquilidade a incursão em escritórios de advocacia, porque é impossível que a autoridade policial não tome conhecimento de outros casos, de outros nomes e de outros dados, estranhos à investigação.

Tal preocupação é desarrazoada. A autoridade policial está vinculada aos fatos investigados num determinado inquérito policial e, quando no escritório de advocacia, não poderá violar o sigilo profissional entre advogado e cliente que não seja objeto da investigação, sob pena de, se a prova atingir clientes estranhos à investigação, ser considerada ilícita.

Destaca-se a existência do incidente de restituição de coisas previsto no art. 118 do CPP. O item 148 da Instrução Normativa nº 11/01-DG-DPF/MJ, de 27 de junho de 2001, muito antes da edição do art. 4º, § 2º da Portaria nº 1287/MJ, já previa a restituição de bens que não interessem à investigação:

“148. Quando cabível, a restituição de coisas apreendidas será feita mediante termo próprio, observando-se o disposto no art. 120 e parágrafos do CPP”.

Toda documentação ficará intacta e, caso errônea ou equivocadamente arcaçada, no momento imediatamente subsequente à diligência, será devolvida, mediante recibo.

7. Mandado genérico

Inexiste no ordenamento jurídico o aludido mandado de busca e apreensão “genérico” e outro tradicional. O que existe é uma ordem judicial na modalidade de busca e apreensão, que pode ser domiciliar ou pessoal, cujos requisitos estão no art. 243 do CPP: *indicação da casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; o motivo e os fins da diligência; subscrição pelo escrivão e assinatura do magistrado; constar se houver ordem de prisão.*

O eminente jurista Luiz Flávio Gomes¹⁴, em recente artigo intitulado “*Limites à inviolabilidade do advogado e do seu escritório*”, leciona:

“Não é preciso (e é desarrazoado exigir) que do mandado conste o nome completo, qualificação, idade, local de nascimento etc. do investigado. Isso é exagero. De outro lado, jamais se pode exigir que o mandado defina, de pronto, qual ou quais documentos serão apreendidos. Isso é absurdo! O juiz não tem bola de cristal para saber, de plano, qual ou quais documentos serão úteis e necessários para a comprovação “do corpo de delito”. (Destacou-se).

O artigo doutrinário citado é produto de caloroso e amigável debate do qual participamos, em 29-07-2005, na Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (EMAG/TRF-3ª Região), sob os auspícios da sua Diretora, a Exmª Desembargadora Federal, Drª Suzana Camargo, portanto, em ambiente democrático e com multilateralidade de audiência de todos os interessados. O painel de debate

abordou a temática “*Limites à inviolabilidade do advogado no exercício da profissão*”, denominação muito próxima de outra eleita pela Universidade Anhembi-Morumbi, em São Paulo, com orientação da Coordenadora do Curso de Direito, mestra em Direito, Prof^a Marcília Rodrigues, na data de 23-08-2005.

Falhas pontuais e isoladas na representação por buscas ou na expedição de mandados não geram qualquer nulidade ou prejuízo, desde que haja a fundamentação exigida constitucionalmente pelo art. 93, inciso IX da C.F.-88, aplicando-se o princípio “*pas de nullité sans grief*”: é legítima e válida a diligência e provas produzidas, respeitados o sigilo e a garantia do exercício da advocacia.

Não se propala que o mandado de busca e apreensão deva ser amplo e irrestrito ao extremo de admitir a apreensão de tudo o que esteja no local objeto de busca; todavia, deve incumbir à autoridade policial, com bom senso e equilíbrio, o exame daquilo que se apreende, com observância dos parâmetros legais: produto ou instrumento do crime, corpo de delito, dados, informações e indícios relativos ao delito investigado e não às atividades inerentes ao exercício da advocacia, quando o advogado não seja o próprio investigado.

Há recente artigo da lavra do e. advogado criminalista Diogo Malan¹⁵ que sustenta que o ordenamento norte-americano é mais garantista que o brasileiro, pois lá se exige que a “*a autorização judicial de busca e apreensão domiciliar esteja amparada em causa provável (probable cause), materializada em elementos de convicção substanciais que apontem: (i) a relação entre o objeto que se pretende apreender e os fatos criminosos em apuração; (ii) a probabilidade de tal objeto ser encontrado no local da diligência*”.

Ousamos discordar pelo cotejo entre a “causa provável” dos anais judiciários dos Estados Unidos e a legislação processual penal pátria que também exige “fundadas razões” e apreensão dos “objetos que tiverem relação com o fato”, acrescido pelas disposições das Portarias nº 1287 e 1288-05 do Ministério da Justiça.

Vejamos a redação expressa dos arts. 6º e 240 do CPP:

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

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

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

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;”

“Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º. Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

a) prender criminosos;

b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

h) colher qualquer elemento de convicção.” (Sem destaques no original).

Assim, a legislação processual trata de “objetos”, “coisas achadas”, “qualquer elemento”; ou seja, não consigna a obrigatoriedade prévia de determinação do objeto buscado, por falta de previsibilidade da autoridade investigante que, justamente, “procura” os indícios e provas, sob pena de frustração da futura ação penal. Mas exige que seja *possível* encontrar o corpo de delito na residência ou local de trabalho e que esse esteja relacionado com a investigação policial efetuada. Há, sim, grandes pontos de congruência, entre duas legislações muito garantistas.

Um outro ponto que deve ser tocado é que não há previsão legal para que os mandados de busca e apreensão, expedidos em uma comarca ou seção judiciária e cumpridos em outra diversa, sejam precedidos de carta precatória; em especial, se o delito tem repercussão interestadual e exige repressão uniforme. Contudo, **por analogia**, admite-se essa interpretação, *ex vi* dos arts. 289 e 353 do CPP.

Reza o art. 289 do CPP:

“Art. 289. Quando o réu estiver no território nacional, em lugar estranho ao da jurisdição, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

Parágrafo único. Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por telegrama, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como, se afiançável a infração, o valor da fiança. No original levado à agência telegráfica será autenticada a firma do juiz, o que se mencionará no telegrama.” (Destacou-se)

Na verdade, sob a ótica da “homologação”, o tema, quando é abordado, tem tratamento no art. 780 do CPP, que prevê a necessidade de confirmação em hipótese de sentença e diligências instrutórias penais *estrangeiras*¹⁶.

Frise-se, contudo, que não existe exigência legal expressa ou regimental quanto à homologação de mandado de busca e apreensão, mesmo nas hipóteses

de mandados de prisão “em aberto”, ou seja, não cumpridos, pode, diante das circunstâncias, uma autoridade municipal, estadual ou federal, ainda que não policial, ou mesmo um segurança contratado pela Justiça eleitoral (na oportunidade em que um foragido vai buscar o título eleitoral, por exemplo) proceder à prisão do “procurado”, com encaminhamento à autoridade policial mais próxima para adoção das medidas cabíveis.

De qualquer forma, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou algumas vezes, para atenuar a exigência de expedição de carta precatória para cumprimento de mandado de prisão. Com muito mais razão, a atenuação também deve ocorrer no cumprimento de mandado de busca e apreensão que colide com um direito fundamental menor que a liberdade.

Veja-se:

“PROCESSUAL PENAL - RECURSO DE HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - PRISÃO EFETUADA FORA DE JURISDIÇÃO DO JUIZ QUE A DECRETOU.

1. Não cabe alegar falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva, quando este se apresenta fundado nos pressupostos do art. 312 do C.P.P.

2. A lei processual penal não impede seja a prisão do réu efetuada fora da jurisdição do juiz que a decretou, desde que solicitada e à vista do respectivo mandado.

3. *Recurso improvido*”.¹⁷

“*HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA FORA DA JURISDIÇÃO DO JUIZ QUE A DECRETOU. CUSTÓDIA QUE ATENDEU AS FORMALIDADES DO ARTIGO 289 DO CPP. Ordem denegada*”.¹⁸

8. Conclusão

Não existe, pois, mandado de busca e apreensão genérico, e nem pode ser assim classificado qualquer um que reúna os requisitos mínimos do art. 243 do CPP.

Frise-se que não tem, a autoridade policial, quando faz a representação e a autoridade judiciária, quando a atende, noção exata das características do objeto buscado, pois podem ser indícios, provas ou documentação contábil, por exemplo.

Nem de outra forma poderia ser, pois, caracterizaria que a autoridade policial obteve acesso não autorizado ao domicílio, escritório ou local de trabalho do investigado, o que tornaria a prova ilícita, incompatível com o Estado de Direito.

As pretendidas exigências de delimitação do fato delituoso, identificação do investigado e qual o objeto a ser buscado não encontram amparo legal.

O mandado judicial de busca e apreensão nada mais é do que um traslado, um extrato da decisão judicial que afastou a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, em colisão contra outro direito fundamental, que é o bem-estar social, a incolumidade da sociedade, consubstanciada no “jus persequendi” estatal.

O mandado de busca e apreensão é medida cautelar, antecipatória para garantir a subsistência da prova, do resultado útil da investigação policial, e não juízo de certeza de culpabilidade. Exigir a antecipação do objeto buscado é desconhecer os percalços da atividade policial.

A qualquer tempo, podem os advogados requerer o *backup* de seus arquivos ou cópia dos documentos apreendidos. A devolução de material equivocadamente apreendido é objeto de restituição imediata, mediante provocação, ou de ofício.

Embora a Portaria nº 1287/MJ preveja que deva ser feito o *backup* dos computadores e não sua apreensão, o método apropriado é um “espelhamento” do disco rígido, que pode demorar entre 2 (duas) a 4 (horas), se considerada a capacidade de armazenamento de 200 *gigabytes*. Isso por cada computador.

Não se pode desconhecer que existem programas que ocultam os arquivos do computador, com possibilidade de perda de dados valiosos, e outros *softwares* maliciosos que, na tentativa de cópia, deletam todas as informações presentes no meio físico. Frise-se que há ferramenta do sistema operacional *Windows* que permite a ocultação mencionada e não se descarta a possibilidade de desmagnetização do *hardisk*. Para reflexão fica a indagação de quem será a responsabilidade por perda da prova, se a autoridade policial requereu a “apreensão” e não a cópia, que deveria ser feita no âmbito pericial a pedido do interessado, em momento posterior à arrecadação do material apreendido.

Por fim, o exercício da atividade de polícia judiciária não tem como escopo violar prerrogativas da nobre classe dos advogados, que muito contribuem para a melhor distribuição de Justiça, mas apenas separar o joio do trigo, pelo combate à criminalidade organizada que coopta profissionais de todas as áreas, como inclusive demonstra recente estatística divulgada pela OAB-RJ, pela qual foram desligados treze profissionais por ligação com o crime organizado.¹⁹

Conclui-se que, na forma das portarias ministeriais, as apreensões de computadores são evitadas, procedendo-se ao *espelhamento* dos discos rígidos, quando não haja possibilidade de perda de dados ou de arquivos ocultos. Contudo,

quando tal fato puder ocorrer, é permitida a apreensão e facultado o *backup* de todos arquivos, pela parte interessada, com fornecimento do *hardware* necessário, a fim de não prejudicar a atividade do nobíllissimo mister de advogar. A representação da busca e apreensão só será feita quando os computadores consubstanciarem corpo de delito, instrumento ou produto de crime ou na hipótese de o advogado ser o objeto da investigação. Tudo isso será objeto de decisão fundamentada do magistrado, dentro do inquérito policial (com preservação do sigilo na relação advogado-cliente daqueles não envolvidos), e não no mandado de busca e apreensão, que não é a sede própria, além de prejudicar o sigilo das diligências e a intimidade do investigado.

Notas

¹ Versão 1.0. Instituto Antônio Houaiss, dez/2001.

² CALAMANDREI, 2000. *Eles, os juízes, vistos por um advogado (Elogio dei giudici scritto da un avvocato)*, tradução de Eduardo Brandão.

³ GUIMARÃES CARNEIRO, 2005, p. A-2.

⁴ SANTOS, Célio Jacinto dos. Revista Jurídica Consulex, 2005, p. 31.

⁵ JTAERGS 95/42 (atente-se para o art. 4º da EC nº 45/2004).

⁶ MS nº. 247.735, processo nº 2003.03.00.017120-6, 1ª Seção do TRF 3ª Região, Rela. Desembargadora Federal Ramza Tartuce - RTRF 62/120.

⁷ GRINOVER, 1990, p. 60.

⁸ Direção-Geral do Departamento de Polícia Federal, publicada no Boletim de Serviço nº 129, de 09/07/01, e no DOU nº 126, Seção 1, de 02/07/2001.

⁹ MIRABETE, 2001, p. 535.

¹⁰ Idem, 2001, p.539.

¹¹ O Diário Oficial da União, Seção I, nº 125, p. 50, de 01/07/2005, publicou as Portaria nº 1.287 e 1288, ambas de 30/06/2005.

¹² Artigo do Boletim IBCCRIM nº 153, Ago/2005.

¹³ ADI nº 1127-8/PE, Rel. Min. Paulo Brossard, julgada em 06/10/94.

¹⁴ Sítio “Juristas.com.br”. Ano 1, nº 36.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/juridico.php?PHPSESSID=0fef868fcebbae635d3e9ec054d50>>

¹⁶ Art. 780. Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal.

¹⁷ RHC 4576/CE; Ministro Anselmo Santiago, 6ª Turma do STJ, publ. no DJ de 21/08/1995, p. 25408 e RSTJ, vol. 81, p. 394.

¹⁸ HC 15893/PI; Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma do STJ, publ. no DJ de 24/09/2001, p. 324.

¹⁹ Fábio Vasconcelos, publicada em “O Globo” de 31/07/2005 e reproduzida em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/36716,1>, acesso em 02/08/2005.

Referências Bibliográficas

ABREU, Helton de. *As elites e a polícia*. Revista Prisma nº 51. Outubro/2005, ano XVII, Ed. Envelopel Gráfica, Editora e Publicidade – ADPF. Disponível em: <<http://www.adpf.org.br/index.cfm?IdPrisma=C7EFC3B2-ED1C-FD3E-CBBB6CA24BE76355&fuseaction=principal.prisma.qrPrisma.Detalhe>>. Acesso em: 21/10/2005.

AZAMBUJA, Jail Benites de. *Busca e apreensão em escritórios de advocacia e interceptações telefônicas de conversas de advogados com clientes*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários – Portal da Educação. Disponível em: <http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeeducacao/textos_fotos/combate/JailBenitesdeAzambuja.doc?PHPSESSID=29fc85ed6f2affd510cfac71c0407eb3>. Acesso em: 20/10/2005.

AZEVEDO, David Teixeira de. *A invasão nos escritórios de advocacia: a corrosão da democracia*. Boletim IBCCRIM, ano 13, nº. 153 - Agosto/2005.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Limites à inviolabilidade do advogado e do seu escritório*. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/colunas.jsp?idColuna=446>>. Acesso em: 27/08/2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1990.

GUIMARÃES CARNEIRO, José Reinaldo. *Ação policial nos escritórios de advocacia*. São Paulo: In.: Jornal da Tarde, 26/07/2005, p.A-2.

- JACINTO SANTOS, Célio. *Sigilo profissional do advogado: análise à luz do direito à investigação e da legalidade*. In: Revista Jurídica Consulex, ano IX, nº 201, 31/05/2005.
- MALAN, Diogo. *Da busca e apreensão em escritório advocatício*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/juridico.php?PHPSESSID=0fef868fcebbae635d3e9ec054d50>>. Acesso em: 21/10/2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal – Interpretado*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico, Edição Universitária*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., vols. I e II, 1991.

Resumo

O artigo tece considerações sobre supostas “invasões” em escritórios de advocacia, para demonstrar o equívoco da nomenclatura adotada e a existência de inúmeros controles normativos, políticos, institucionais, midiáticos e populares para coibição de abuso ou excesso da atividade policial. Elenca os requisitos legais do mandado de busca e apreensão e no que consiste o controle da atividade policial. É abordado “o que” se apreende, “quando”, medidas adotadas “antes” da busca e apreensão, “durante” e “após”. Explica a necessidade e o procedimento da busca ao abranger computadores e as circunstâncias em que o escritório pode ser objeto de busca e apreensão. Por fim, destaca que a apreensão só se procede quando o investigado é o próprio advogado ou no local se encontra o corpo de delito, instrumento ou produto do crime e não correspondências protegidas pelo sigilo constitucional na relação cliente-advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado - Busca e apreensão - Garantia - Inviolabilidade – Limite - Controle - Polícia Federal.

Abstract

The text discusses what are supposed to be “intrusions” in lawyers’s offices, arguing that the language currently used is flawed and reasserting the existence of several normative, political, institutional, media and popular mechanisms of control of excessive police activities. It lists the legal requirements of the

mandate to search and arrest and describes the control of policial activity. It deals with “what” is arrested, “when”, the measures adopted before, during and after the search and the arrest. It explains the necessity and the search procedures when referring to computers and the circumstances in which the office might be object of search and arrest. Finally, it highlights that the arrest is acceptable only when a lawyer himself is under investigation or when the evidences – the instrument or the product of a crime – are found in the office, not the correspondence protected by constitutional secrecy in the relationship between the lawyer and the client.

Key words: Mandate - Search and arrest – Limits – Control - Federal Police.

Resumen

El texto trata de lo que se presume ser “invasions” de los escritorios de abogados, para argumentar que el lenguaje adoptado es equivocado y la existencia de muchos controles normativos, politicos, institucionales, midiáticos y populares para coibir el abuso y el contrón de la actividad policial. Enumera los requerimientos legales del mandato de búsqueda y aprensión, y explica en que consiste en contrón de actividad policial. Trata de lo que se apreende, cuando, las medidas adoptadas antes, durante y luego de la búsqueda y aprensión. Finalmente, enfatiza que la aprensión es procedente cuando el investigado es el propio abogado o cuando se encuentren en su oficina el cuerpo de delito, instrumento o producto del crimen y no las correspondencias protegidas por sigilo constitucional en la relación cliente-abogado.

Palabras clave: Mandato - Búsqueda y aprensión – Abogado – Garantía – Inviolabilidad – Límite – Control - Policia Federal.

Sumário

1. Introdução – 2. O aborto na história antiga – 3. O aborto no mundo – 4. O aborto no Brasil – 5. Bem jurídico tutelado – 6. Sujeito passivo do crime de aborto – 7. Isenção da punição do aborto no Brasil – 8. Razões jurídicas contra o aborto – 8.1. O aborto em primeiro lugar ofende a Deus – 8.2. O aborto mata a vida humana no seu estágio inicial – 8.3. Quem pratica o aborto comete crime contra a humanidade – 8.4. Quem pratica aborto ofende a Constituição Federal Brasileira – 8.5. Quem pratica aborto ofende o Código Civil Brasileiro – 8.6. Quem pratica aborto ofende o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/07/1990) – 8.7. Quem pratica aborto comete crime, segundo o Código Penal Brasileiro – 8.8. Quem pratica aborto no Brasil ofende a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – 8.9. Quem pratica aborto não respeita a Convenção sobre os Direitos da Criança – 8.10. O aborto também ofende o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos – 8.11. Vida: proteção do direito nacional e do direito internacional – 8.12. Não se justifica o aborto por razões sociais – 8.13. O aborto causa sofrimento ao feto – 8.14. Conseqüências do aborto – 8.15. Aborto por motivos psíquicos – 8.16. Conseqüências espirituais do aborto – 8.17. Aborto em casos de anencefalia – 8.18. As normas técnicas que facilitam o aborto – 9. O que estaria por trás do movimento em favor da legalização do aborto no Brasil e no mundo – 10. Conclusão.

1. Introdução

Percebe-se o crescimento assustador do movimento em favor da descriminalização do aborto, não só no Brasil mas em todo o mundo. A ONU – Organização das Nações Unidas tem dado apoio a esse movimento.

Conforme informa a correspondência que recebi da Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto, ressaltando o convite para participar do Seminário, tramitam hoje na Câmara dos Deputados 28 (vinte e oito) projetos de lei, 4 (quatro) PEC's – Proposta de Emenda à Constituição e 1 (um) PDC - Projeto de

Decreto Legislativo relacionados com o aborto, seja para defendê-lo e descriminalizá-lo seja para negá-lo em suas variadas formas.

Contra o movimento a favor da descriminalização do aborto e contra a sua legalização no Brasil, no dia 25 de agosto de 2005 foi lançada a Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto na Câmara dos Deputados e até o presente momento, segundo informa o seu Presidente, conta com a adesão de 65 (sessenta e cinco) deputados federais e 4 (quatro) senadores.

O deputado Luiz Bassuma (PT-BA), Presidente da Frente, diz que *“esta é uma frente que tem a defesa da vida como principal objetivo de sua existência e, dessa maneira, entende como absolutamente legítima a sua constituição como espaço político-institucional de debate e mobilização da sociedade, em relação aos temas que dizem respeito ao direito à vida, como direito humano fundamental, desde o momento da sua concepção até o momento de sua morte natural”*.

A principal meta da Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto é combater hoje o substitutivo que foi apresentado pela deputada federal Jandira Feghali, do PCdoB/RJ, ao Projeto de Lei nº 1.135/1991, e a ele apensados quatorze projetos de lei, com o objetivo de autorizar a prática do aborto no Brasil, conforme se depreende de sua ementa:

“Estabelece o direito à interrupção voluntária da gravidez, assegura a realização do procedimento no âmbito do Sistema Único de Saúde, determina a sua cobertura pelos planos privados de assistência à saúde e dá outras providências”.

O substitutivo incorporou a proposta apresentada pela Comissão Tripartite, que foi criada pelo Poder Executivo, em 2004, e que contou com a participação de dezoito representantes do Executivo Federal, Legislativo e Sociedade Civil (menos da Igreja Católica).

Para justificar a proposta de legalização do aborto no Brasil, a ministra Nilcéia Freire afirma que *“a criação da Comissão, além de colocar em prática uma ação do PNPM (Plano Nacional de Políticas para as Mulheres), também cumpre determinação de acordos e tratados internacionais assinados pelo Governo brasileiro. Em fevereiro deste ano, em Nova Iorque, durante a realização da 49ª Sessão da Comissão sobre a situação da mulher (CSW), da Organização das Nações Unidas (ONU), o Governo do Brasil reafirmou os princípios da Declaração e da Plataforma de Ação de Beijing, aprovada em 1995, na China. Pela Plataforma, revalidada na ocasião, as 200 delegações dos países*

membros da ONU se comprometeram, entre outras ações, a de rever as leis que prevêem medidas punitivas contra as mulheres que tenham se submetido a abortos clandestinos”.

Afirma, ainda, que “a Comissão em nenhum momento fechou os olhos para essa complexidade. No entanto, refletiu com profundidade sobre a necessidade objetiva, a situação das mulheres e os limites da legislação atual expressos na 1ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres e nos compromissos internacionais do Estado brasileiro de revisão de uma legislação que data de 1940. Sua vigência de quase meio século não teve eficácia para inibir a realização de abortamentos e foi ao mesmo tempo geradora de uma situação de clandestinidade responsável pela morte de milhões de mulheres e por seqüelas em muitos outros milhões.”

Um dos argumentos a favor da legalização do aborto no Brasil, segundo a deputada Jandira Feghali, é que a legalização fará reduzir a taxa de mortalidade materna, assim como ocorreu em alguns países do mundo, após a legalização. Afirma a deputada, que *“segundo o Ministério da Saúde, em média, 250 mil mulheres são internadas anualmente com complicações decorrentes de abortos clandestinos. Em 1991, o número de curetagens pós-abortamento, realizadas na rede pública de saúde, ultrapassou os 340 mil, sendo aproximadamente 20% desse total em adolescentes (10-19 anos). Somente em 1997, foram 240 mil internações de adolescentes para realização desse procedimento.”*

A deputada acentua no parecer ao substitutivo apresentado, propondo a legalização do aborto, que *“economicamente, a ilegalidade do aborto assegura tão somente a existência de clínicas particulares clandestinas, o que gera a impossibilidade de fiscalização por parte das autoridades competentes, além de abusos e corrupção. A ilegalidade também é responsável pelos altos gastos, por parte dos serviços de saúde pública, no atendimento às mulheres com doenças e seqüelas provenientes de aborto mal feito. Encontramos nesses casos, principalmente, as mulheres de baixo poder aquisitivo, cuja situação financeira não permite acesso a um atendimento adequado, submetendo-se a auto-abortos ou impedidas a buscarem ajuda de pessoas não treinadas.”*

A deputada cita trecho do relatório da CPI da Mortalidade Materna, realizada na Câmara dos Deputados, afirmando que, segundo documento divulgado pela Organização Mundial da Saúde, em 1999, 5% (cinco por cento) das mulheres brasileiras que morreram em 1998 foram em conseqüência de complicações de abortos. Refere, ainda, dados do Ministério da Saúde, do Sistema de Informações Hospitalares do SUS, de que, no período de 1999 a 2002, foram internadas no Brasil, por diagnóstico de aborto no SUS, 989.156 mulheres, ou seja, quase um milhão de mulheres.

Alega que a legalização do aborto pode ser uma forma de evitar o constrangimento das famílias e ressalta que as recomendações do IX Fórum Interprofissional Abortamento inseguro como forma de violência contra a mulher são claras ao tratar das mudanças desejáveis em nossa legislação sobre abortamento: “*É necessário revisar a legislação, para descriminalizar o abortamento, pois a sua criminalização não é eficaz para evitá-lo, não resolve esse grave problema de saúde pública e traz um custo social muito elevado. Entre os fundamentos éticos e constitucionais que justificam mudar a lei atual sobre aborto inclui-se o de não poder criminalizar nenhuma conduta social, fazendo-se crer que o problema está resolvido, em face da mera existência de uma lei repressiva. No caso do aborto, a manutenção de sua criminalização não tem tido nenhuma eficácia e representa uma forma inaceitável de solução meramente formal do problema, apenas para satisfazer a opinião pública.*”

Na conclusão do parecer do substitutivo a deputada Jandira Fegalhi opina pela aprovação dos PLs 1.135/91, 1.174/91, 3.280/92, 176/95, 1.956/96, 2.929/97, 3.744/04, 4.304/04, 4.834/05, na forma do substitutivo apresentado na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados e pela rejeição dos PLs 4.703/98, 4.917/01, 7.235/02, 1.459/03, 5.166/05 e 5.364/05.

Em 02 de dezembro de 2005, a deputada Jandira Feghali apresentou novo substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.135/91, nos seguintes termos:

**“COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA
PROJETO DE LEI Nº 1.135/91**

“Suprime o artigo 124 do Código Penal Brasileiro”.

Autores: Deputados Eduardo Jorge e Sandra Starling

Relatora: Deputada Jandira Feghali

I – RELATÓRIO

O Projeto de Lei nº 1.135/91 de autoria dos Deputados Eduardo Jorge e Sandra Starling foi apresentado em 1991. Foram apensados à proposta inicial os seguintes projetos de lei:

- 1. PL 176/95**, do Dep. José Genoíno, que “*Dispõe sobre a opção da interrupção da gravidez*”, permitindo a livre interrupção até 90 dias de gestação. Para realização basta reivindicação da gestante, sendo a rede pública obrigada a realizar o aborto;
- 2. PL 3.280/92**, do Dep. Luiz Moreira, que *autoriza a interrupção da gravidez até a 24ª semana nos casos previstos no projeto. A interrupção é autorizada até a 24ª semana, quando o feto apresentar graves e irreversí-*

veis anomalias físicas e mentais. Basta o consentimento da gestante, cônjuge ou representante legal e da autorização de um médico que não seja o que realizará o aborto;

3. PL 1.174/91, dos Dep. Eduardo Jorge e Sandra Starling, que dá nova redação ao artigo 128 do Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal. Esse projeto deixa de punir o aborto em diversas situações ampliadas.

4. PL 1.956/96, da Dep. Marta Suplicy, que “autoriza a interrupção da gravidez nos casos que menciona”. Pela proposta, fica autorizada a interrupção da gravidez quando o produto da concepção não apresentar condições de sobrevivência, em decorrência de malformação incompatível com a vida ou doença degenerativa incurável, ou quando for constatada, por meio científico, impossibilidade de vida extra-uterina. Para realização do procedimento, basta o consentimento da gestante ou do representante legal.

5. PL 2.929/97, do Dep. Wigberto Tartuce, que “permite às mulheres estudas por parentes a interrupção da gravidez”.

6. PL 4.703/98, do Dep. Francisco Silva e **7. PL 4.917/01**, do Dep. Givaldo Garimbão, que procuram tipificar o aborto, como crime hediondo. O projeto assegura ao médico a possibilidade de se escusar do abortamento por razões de consciência de acordo com o Código de Ética Médica.

8. PL 7.235/02, do Dep. Severino Cavalcanti, que revoga o art. 128 do Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal.

9. PL 1.459/03, do Dep. Severino Cavalcanti, que acrescenta um parágrafo ao artigo 126 do Código Penal.

10. PL 3.744/04, do Dep. Coronel Alves, que dá nova redação ao art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal incluindo a possibilidade de se recorrer ao aborto, no caso de gravidez resultante de estupro ou atentado violento ao pudor.

11. PL 4.304/04, do Dep. Eduardo Valverde, que despenaliza a interrupção de gravidez, em condições específicas, além de prever, ainda, que os profissionais de saúde têm o direito de invocar objeção de consciência e se recusar a efetuar o procedimento.

12. PL 4.834/05, dos Deputados Luciana Genro e Dr. Pinotti. Acrescenta inciso ao artigo 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, autorizando a realização de aborto na situação da gravidez com feto anencéfalo.

13. PL 5.166/05, do Deputado Takayama, estabelece penas para os casos de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável.

14. PL 5.364/05, dos Deputados Luiz Bassuma e Ângela Guadagnin, pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro, independente do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

II - VOTO DA RELATORA

Após longa análise do assunto no Brasil e em diversos países, com a demonstração de estatísticas, a Deputada Jandira Feghli assim encerra o seu voto:

“Com esta análise dos votos e considerando a posição de outros deputados que se manifestaram durante a reunião, optei por acatar os questionamentos que considere relevantes e que certamente contribuirão para a melhoria do projeto de lei e o avanço da matéria na Câmara dos Deputados. Em face do exposto, decidimos acatar parcialmente as sugestões feitas pelo dep. Mário Heringer, entre outros parlamentares, na forma de um segundo substitutivo apresentado.

Nesses termos, somos pela aprovação dos PLs 1.135/91, 1.174/91, 3.280/92, 176/95, 1.956/96, 2.929/97, 3.744/04, 4.304/04, 4.834/05, na forma do substitutivo apresentado pela relatora e pela rejeição dos PLs 4.703/98, 4.917/01, 7.235/02, 1.459/03, 5.166/05 e 5.364/05.

É o voto.

Sala da Comissão, em 02 de Dezembro de 2005.

Deputada Jandira Feghali

PCdoB/RJ”

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

SUBSTITUTIVO DA RELATORA AO PROJETO DE LEI Nº 1.135/91

Revoga os artigos 124, 126, 127 e 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Revogam-se os arts. 124, 126, 127 e 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Art. 2º O Poder Público deve assegurar nos serviços de atendimento à saúde da mulher, por meio do Sistema Único de Saúde, e nos Centros de Referência, de forma multidisciplinar, informações e orientações referen-

tes ao acesso aos métodos contraceptivos e de planejamento familiar e às ações de investigação de paternidade e de alimentos, bem como sobre programas de assistência social e os procedimentos e os riscos para a interrupção da gravidez.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Deputada JANDIRA FEGHALI

PC do B/RJ”

Pelo visto, o substitutivo apresentado pela deputada Jandira Feghali **só permite a punição do aborto provocado por terceiro**, sem o consentimento da gestante, assim previsto no art. 125 do Código Penal:

“Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.”

De acordo com a proposta da deputada, deixa de ser crime no Brasil o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, assim previsto no art. 124 do Código Penal:

“Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

Trata-se do auto-aborto e do aborto consentido. A primeira conduta típica é a de provocar o aborto, por qualquer meio, ou seja, qualquer ato que possa produzir, promover, causar, originar o aborto, interrompendo a gravidez com a morte do produto da concepção. A segunda conduta típica é a de consentir a gestante no aborto, exigindo-se, pois, a figura do provocador, terceiro que responderá como incurso no art. 126, com pena mais severa.

O substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.135/91 também revoga o art. 126 do Código Penal, que diz:

“Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.”

Revoga ainda o art. 127 do Código Penal que diz:

“Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.”

E, ainda, revoga o art. 128 do Código Penal, que reza:

“Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

O substitutivo **não estabelece prazo de gestação** para a prática do aborto, donde se conclui que até minutos antes de nascer a mulher pode matar o seu próprio filho ou permitir que alguém retire a sua vida; mas isso, antes do nascimento. Após o trabalho de parto, a morte do bebê poderá caracterizar o crime de homicídio (art. 121 do Código Penal) ou o crime de infanticídio (art. 123 do Código Penal).

Percebe-se, pois, que o atual substitutivo é mais abrangente que o substitutivo anterior, o qual estabelecia prazos para a prática do aborto. Acredito que a Câmara dos Deputados terá maiores dificuldades para apreciar esse substitutivo. Penso que a população brasileira, em face de suas tradições sociais e religiosas, não aceitará uma proposta de mudança radical na legislação que trata do aborto, nos termos do substitutivo apresentado.

A apresentação desse substitutivo demonstra que todos os movimentos que estão sendo feitos no Brasil contra a legalização do aborto, sobretudo pelos cristãos, não foram suficientes para sensibilizar a Senhora Parlamentar.

Além do Projeto nº 1.135/91, que propõe a legalização do aborto no Brasil, outro Projeto tem merecido destaque, qual seja, o Projeto de Decreto Legislativo nº 1.832, de 2005, de autoria do deputado federal Osmânio Pereira (MG, sem partido) e outros, que dispõe sobre a convocação de plebiscito relativo à interrupção da gravidez até a décima segunda semana de gestação. O relator do Projeto, deputado federal José Linhares (PP/CE), apresentou parecer pela aprovação do projeto, mas apresentou emenda substitutiva, nos seguintes termos:

“Dê-se ao art. 3º do projeto a seguinte redação:

Art. 3º. O plebiscito de que trata este Decreto Legislativo consistirá na seguinte questão: “A interrupção da gravidez até a décima segunda semana de gestação, ou em caso de o feto apresentar anomalia ou doença grave que o torne inviável a sobrevivência, deve ser permitida?”

A Câmara dos Deputados terá que fazer a opção: ou aprecia o projeto que propõe a legalização do aborto ou o que propõe a realização do plebiscito.

Comenta-se entre parlamentares que a Presidência da Casa estaria propensa a priorizar o projeto que propõe a realização do plebiscito, como forma de acolher a vontade soberana do povo brasileiro, eis que há entendimentos divergentes na sociedade brasileira sobre o tema. De um lado, há os que entendem que permitir a interrupção da gravidez atenta contra o preceito constitucional de defesa da vida, enquanto, de outro lado, estão os que defendem que esse é um direito legítimo das mulheres. Há ainda aqueles que acreditam que essa é uma decisão de foro íntimo, não cabendo ao Estado tutelar a decisão individual.

A Igreja Católica tem-se posicionado contrária a ambos os projetos de lei. O Papa Bento XVI reiteradamente tem defendido a vida humana, desde a concepção.

Antes de falar sobre aspectos jurídicos contra o aborto, posição que tenho defendido, apresento algumas anotações históricas sobre o assunto.

2. O aborto na história antiga

Em Roma antiga, o aborto foi sempre considerado uma imoralidade e só era permitido ao marido em relação à sua mulher. Era imoral, mas não era crime. Reconhecia-se à mulher romana o direito de dispor do próprio corpo e o aborto ficava impune, salvo quando violasse a vontade do marido. A maior preocupação em Roma era com o interesse individual, com o interesse do marido em ter o filho. Por volta do ano 200 depois de Cristo, passou-se a punir o aborto próprio ou o consentido, mas só quando a gestante era casada, e sem a finalidade de proteger o feto, e sim o direito que possuía o marido à sua descendência.

Não consideravam o aborto crime os egípcios, os gregos e os hebreus. O aborto era praticado com a finalidade de elidir as dores e perigos do parto, para evitar os desgostos e as obrigações da mãe no aleitamento, ou a multiplicação da prole. Era também praticado para preservar a beleza do corpo da mulher.

Hipócrates, o Pai da Medicina, repudiou a prática do aborto, inserindo no Código de Honra dos Médicos, que constitui juramento simbólico e solenemente proferido pelos formandos em medicina, que o médico jamais ministrará à mulher grávida substância para que ela aborte. Isso está escrito no juramento de Hipócrates.

Na Grécia antiga, o aborto passou a ser considerado um dos crimes mais graves. Aristóteles era contrário ao aborto, mas no livro Sétimo, de sua Política, admitiu sua prática quando o número de cidadãos se tornasse excessivo, desde que a mulher tivesse sido emprenhada por fato delituoso e houvesse autorização judicial. Também nesse sentido, manifestou-se Platão. Mas o aborto foi proibido na Grécia antiga sob o pretexto de que Esparta precisava de um maior número de atletas e de guerreiros para a sua glória e segurança.

Veio o cristianismo e reagiu fortemente contra a prática do aborto, que era própria dos povos pagãos. O cristianismo considerou o feto criatura de Deus, uma esperança de vida humana que deveria ser protegida pela religião, pela moral e pelo direito. E, assim, o aborto passou a ser punido nas principais legislações do mundo. Em alguns países, o aborto é crime contra a vida, como no Brasil, mas em outros é crime contra a saúde, é crime contra a família e contra o feto. Nos Estados Unidos, o feto passou a ser considerado pessoa humana.

Em relação ao infanticídio, que é matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após, na Idade Média, esse crime era considerado um homicídio e era um dos crimes mais severamente apenados. Principalmente na Europa, as penas previstas para a mulher que matava o próprio filho eram de extrema atrocidade. A Carolina (Ordenação Penal de Carlos V) previa que as malfeitoras deveriam ser enterradas vivas, empaladas ou dilaceradas com tenazes ardentes. O Direito Romano também previa penas atroz, tal como o cosimento da mulher em um saco com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca, após o que era lançada ao mar. Somente no século XVIII, a pena do infanticídio passou a ser abrandada.

Além da questão religiosa, razões econômicas, sociais, culturais e principalmente o interesse demográfico passaram a exigir a incriminação do aborto.

3. O aborto no mundo

Segundo dados divulgados pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, atualmente 61% (sessenta e um por cento) das mulheres vivem em países onde o aborto é permitido. Na maioria deles, o aborto é realizado nas 12 (doze) primeiras semanas de gestação. O máximo são 16 (dezesesseis) semanas.

No Brasil, segundo estimativa da Organização Mundial da Saúde, 31% (trinta e um por cento) das gestações terminam em abortamento, espontâneos ou provocados. Conforme esses dados, ocorrem aproximadamente no Brasil 1,4 (um milhão e quatrocentos mil abortos) por ano entre espontâneos e provocados, com a taxa de 3,7 (três vírgula sete) abortos para cada grupo de 100 (cem) mulheres de 15 a 49 anos. Os danos decorrentes do aborto seriam a quarta causa da mortalidade materna no Brasil. Esses dados, no entanto, não são confirmados por documentos oficiais.

Nos Estados Unidos, a legislação sobre o aborto varia de estado para estado. No entanto, desde 1973, é vedada a criminalização. Segundo dados divulgados pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, desde que deixou de ser considerado crime nos Estados Unidos, o número de abortos caiu significativamente. O mesmo teria ocorrido na Romênia, que desde 1996 liberou o aborto até 12 (doze) semanas ou em caso de risco para a mulher ou má formação do feto.

Relaciona nessa pesquisa alguns países que liberaram a prática do aborto e em que período ele pode ser praticado.

Na Alemanha, o aborto pode ser praticado até 12 (doze) semanas; sem limite para risco de vida da mulher. Na Áustria, até 3 (três) meses, livre. Após, havendo risco de vida ou perigo para a saúde da mulher e caso a mulher seja menor de 14 (quatorze) anos. Na Bulgária, até 12 (doze) semanas, o aborto é livre. Até 16 (dezesesseis) semanas, pode ser feito o aborto havendo razão social. Até 20 (vinte) semanas, pode ser feito por causas médicas. Na Dinamarca, pode ser feito livremente até 12 (doze) semanas. No segundo trimestre, havendo risco de vida ou perigo para a saúde da mulher ou má formação do feto. Na Eslováquia, até 12 (doze) semanas, é livre. No segundo trimestre, havendo risco de vida ou perigo para a saúde da mulher ou má formação do feto ou estupro. Na França, é livre até 12 (doze) semanas. No segundo semestre, havendo risco de vida ou perigo para a saúde da mulher ou má formação do feto. Em Israel, mulher com menos de 17 e mais de 40 anos, ou havendo risco de vida para a mulher, violação sexual, má formação do feto, risco de saúde física ou mental para a mulher. Na Itália, pode ser praticado até 90 (noventa) dias, por questões sócio-médicas ou sócio-econômicas. Mais de 90 (noventa) dias, havendo risco de saúde física ou mental da mulher, má formação do feto ou violação sexual. Nos Estados Unidos, a legislação varia de estado para estado, mas a criminalização é vedada desde 1973 (*Roe vs. Wade*). Na Holanda, pode ser praticado até 13 (treze) semanas ou até 24 (vinte e quatro) semanas, perante

declaração de estado de angústia. No Reino Unido, pode ser praticado até 24 (vinte e quatro) semanas por motivos sociais, sócio-médicas, sócio-econômicas ou risco de lesões severas para a vida da mulher. Na Romênia, o aborto pode ser praticado livremente até 12 (doze) semanas, ou no segundo trimestre, havendo risco de vida para a mulher ou má formação do feto. Na Suécia, pode ser, praticado até 18 (dezoito) semanas livremente, ou até 22 (vinte e duas) semanas por fortes razões. Na Turquia, pode ser praticado livremente até 10 (dez) semanas e acima de 10 (dez) semanas, havendo risco de vida para a mulher ou risco de má formação do feto. Na Bélgica, o aborto pode ser praticado até 12-14 (doze a quatorze) semanas em caso de angústia da mulher.¹

4. O aborto no Brasil

O Código Criminal do Império, de 1830, não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Criminalizava o aborto consentido e o sofrido, mas não provocado, ou seja, o auto-aborto. A punição somente era imposta a terceiros que intervissem no abortamento, mas não à gestante, em nenhuma hipótese.

O Código Penal de 1890 distinguia o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, agravando-se, se ocorresse a morte da gestante. Esse Código passou a incriminar o aborto praticado pela própria gestante, ou seja, o auto-aborto, mas o autorizava para salvar a vida da gestante e atenuava a pena, se tivesse a finalidade de ocultar desonra própria.

O Código Penal de 1940, que ainda está em vigor, tipifica três figuras de aborto: aborto provocado (art. 124); aborto sofrido (art. 125) e o aborto consentido (art. 126). No aborto provocado, a própria mulher pratica o aborto; no aborto sofrido, o aborto é provocado sem o consentimento da mulher; no aborto consentido, embora a gestante não o provoque, consente que terceiro o realize. A legislação penal brasileira só pune o crime de aborto doloso; não existe no Brasil o crime de aborto culposo.

5. Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido em caso de aborto é a vida do ser humano em formação. Protege-se também a integridade física e a vida da gestante, quando o aborto não é consentido.

6. Sujeito passivo do crime de aborto

No auto-aborto e no aborto consentido, o sujeito passivo é o feto, ou o produto da concepção. No aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, há dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante. Há doutrinadores que entendem que o Estado também é sujeito passivo do crime de aborto, porque tem interesse em garantir a continuidade da estirpe e o interesse demográfico.

7. Isenção da punição do aborto no Brasil

O art. 128 do Código Penal diz que não se pune o aborto praticado por médico quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O Código Penal brasileiro não prevê a exclusão da ilicitude do aborto eugênico, que é o executado ante a prova ou até suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves ou fatais (anencefalia ou acrania, por exemplo).

8. Razões jurídicas contra o aborto

Apresento, a seguir, algumas razões jurídicas que sustentam a fundamentação jurídica contra a legalização do aborto no Brasil.

8.1. O aborto, em primeiro lugar, ofende a Deus

A prática do aborto, em primeiro lugar, ofende a Deus, que fez o homem e a mulher à sua imagem e semelhança e os abençoou dizendo: “*Sede fecundos, multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a*” (Gn 1,28). E determinou: “*Não matarás*” (Êxodo, 20,13).

O aborto é um pecado gravíssimo e sujeita os infratores à pena de excomunhão, *latae sententiae*, segundo o Cânon 1.398 do Código de Direito Canônico, que diz: “*Quem provoca aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão latae sententiae.*”

A pessoa excomungada é colocada para fora da Igreja, excluída do Corpo Místico de Cristo, impedida de participar da santa Missa e de receber os Sacramentos. Porém, como a misericórdia de Deus é infinita, esse pecado gravíssimo pode

ser perdoado e essa pessoa, arrependida; mediante uma boa Confissão, poderá ser perdoada e reintegrada à Igreja.

8.2. O aborto mata a vida humana no seu estágio inicial

Cada pessoa é um dom valioso de Deus, e é única, insubstituível e irrepetível. É um ser especial. O direito à vida é o primeiro entre todos os direitos e nenhum outro é maior que o direito à vida. Todos os demais direitos decorrem da vida e não podem sobrepor-se ao direito à vida. A vida é o direito supremo. Deus confiou aos seres humanos o poder de multiplicar a vida e de submeter o mundo à sua administração. Por isso, a vida humana deve ser preservada em qualquer circunstância, desde a concepção, desde a fecundação, até a morte natural. Mesmo depois da morte física, a pessoa tem o direito de ser respeitada. Tem o direito de ter os seus restos mortais preservados, tem o direito de que sua última vontade em vida seja obedecida, em caso, por exemplo, de testamento; sua memória não pode ser ofendida.

A vida humana começa no momento preciso em que as duas células sexuais que são o espermatozóide do homem, por um lado, e o óvulo da mulher, pelo outro lado, se encontram, gerando assim a primeira célula de um ser único que nunca mais se repetirá na história do mundo.

No homem, a glândula hipófise, controlada pelo cérebro, comanda a fabricação, a partir da puberdade, de cerca de 100 milhões de espermatozóides por dia. No decurso de uma relação sexual, entre 200 e 300 milhões desses espermatozóides são depositados no corpo da mulher ao fundo da vagina, perto do colo uterino. A entrada dos espermatozóides no útero é possível, se nesse período concreto do ciclo feminino, o colo do útero se abrir e segregar um líquido particular, o muco cervical (ou corrimento), que permitirá a condução dos espermatozóides até ao óvulo.

A mulher, no decurso de cada ciclo menstrual, prepara, sob o comando da hipófise, um óvulo situado num folículo. Quando este está maduro, o folículo se abre deixando sair o óvulo que é então aspirado pela extremidade da trompa. Está então apto a encontrar um espermatozóide.

Desde o encontro do óvulo e do espermatozóide – primeiro instante da vida – já não há a menor descontinuidade entre este instante da fecundação e o que cada um de nós é hoje. É por isso que tudo o que atinge o embrião, seja qual for a idade, é um atentado ao ser humano. O embrião humano contém em si todas as informações necessárias ao novo ser humano. O que falta é apenas a alimentação da vida para que chegue a seu pleno desenvolvimento.

Que o cérebro seja desenvolvido ou não nos primeiros momentos (as primeiras células cerebrais desenvolvem-se na quarta semana de gravidez) não tem muito a ver: o pequeno ser está constituído em potência, todos os elementos para o seu desenvolvimento estão presentes.

A vida humana, pois, começa com a fecundação; isto é um fato científico com demonstração experimental. Não se trata de argumento metafísico ou de hipótese teológica.

8.3. Quem pratica aborto comete crime contra a humanidade

Quem salva uma vida, salva o mundo, preserva o futuro da humanidade. Quem pratica o aborto, coloca em risco esse futuro. Recebemos o compromisso de Deus de multiplicar a vida, de salvar a vida e não de matar o nosso semelhante.

O aborto mata uma vida humana, porque o feto é um ser humano que está para nascer.

Com onze semanas de gestação, o bebê já está bem formado. Todos os sistemas orgânicos funcionam. Ele já respira e urina. O corpo está formado e possui até impressões digitais. Quando sua mãe dorme, ele dorme, mas quando ela desce uma escada, ouve um ruído forte, no ambiente exterior, ele acorda. Nesse estágio, o bebê pode sentir dor e é muito sensível à luz, ao calor e ao barulho. Sua personalidade já está em formação. Com oito semanas, um bebê segura qualquer objeto que for posto em sua mão. Se for feito um eletrocardiograma, com instrumentos de precisão, até as batidas do seu coração serão ouvidas. Com seis semanas, com o auxílio de um microscópio, pode-se ver que ele tem 46 cromossomos em cada célula de seu corpo; logo é um ser humano. Com seis semanas, o bebê começa a se mover no útero e desviará a cabeça se alguém tocar e, seu nariz ou boca. Cada um de nós foi um óvulo fertilizado, um embrião, uma simples célula. Tudo o que somos já estava contido nesta simples célula: cor dos olhos, do cabelo, tamanho do pé, o biótipo etc. Nada foi acrescentado ao óvulo fertilizado que um dia fomos, exceto a nutrição.

A vida humana, pois, começa na fecundação, na fertilização do espermatozóide ao óvulo. A partir daí ocorrerá desenvolvimento contínuo. A interrupção desse processo a qualquer tempo significará a morte de um ser humano que está para nascer.

Não é verdadeira a afirmação de que o ser humano só passa a existir a partir de determinado período de gestação. Alguns afirmam que só a partir da 14ª semana de gestação começa efetivamente o ser humano, porque a partir desse período

começa a desenvolver-se o sistema neurológico, o sistema cerebral. Antes de quatorze semanas de gestação, segundo afirmam os defensores desse entendimento, ainda não existiria o ser humano, mas apenas um amontoado de células, o que poderia significar que o aborto até a 14ª semana de gestação não representaria o aborto de um ser humano, mas a expulsão de um monte de células. Isso é falso, porque o ser humano começa a existir na fecundação, no primeiro instante da fusão do espermatozóide com o óvulo. A partir daí já temos um ser humano em contínuo desenvolvimento e não simplesmente um amontoado de células. Isso está comprovado pela ciência médica. Daí a falsa interpretação de que o aborto, nas doze primeiras semanas de gestação, não atingiria um ser humano, mas apenas um amontoado de células.

Nada existe antes do embrião. Ou é um ser humano ou não é. Afirmar que o ser humano só passa a existir depois de determinado período de gestação não é, pois, verdadeiro. Deus criou o ser humano sujeito à lei do tempo e do espaço. Nesse contexto, o ser humano tem um princípio e um fim aqui na terra, e o seu início ocorre já no primeiro instante da fecundação. O seu fim deve ser determinado por sua morte natural. Em 1º de dezembro de 2005, o Papa Bento XVI disse que *“a defesa da vida desde a concepção até a morte natural e a estabilidade do casamento e da vida familiar são bens que devem ser salvaguardados em todas as sociedades.”*

O Catecismo da Igreja Católica afirma que *“a vida humana deve ser respeitada e protegida de maneira absoluta a partir do momento da concepção. Desde o primeiro momento da sua existência, o ser humano deve ver reconhecidos os seus direitos de pessoa, entre os quais o direito inviolável de todo ser inocente à vida.”* (nº 2.270). (...). *O direito inviolável de todo indivíduo humano inocente à vida constitui um elemento constitutivo da sociedade civil e da sua legislação* (nº 2.273) (...) *Visto que deve ser tratado como pessoa desde a concepção, o embrião deverá ser defendido em sua integridade, cuidado e curado, na medida do possível, como qualquer ser humano.”* (nº 2.274).

A Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, sobre o valor da vida e a inviolabilidade da vida humana (1995), do Papa João Paulo II, afirma que a vida é um dom divino; daí ter *“um caráter sagrado e inviolável no qual se reflete a própria inviolabilidade do Criador. O Criador confiou a vida do homem à sua solicitude responsável, não para que disponha arbitrariamente dela, mas a guarde com sabedoria e administre com fidelidade.”* (nº 76, 2º parágrafo).

Como criaturas de Deus, não podemos permitir que os grandes matem os pequenos, os fortes eliminem os fracos e os conscientes destruam os inconscientes.

8.4. Quem pratica aborto ofende a Constituição Federal Brasileira

A nossa Lei Maior garante a todos os brasileiros e a todos os estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito à vida* (*caput* do art. 5º). Não importa se o nascituro apresenta problema de saúde, se não tem cérebro, se é deficiente, se vai ser rico ou pobre. Todos, no Brasil, têm o direito de nascer e de viver dignamente. Quem pratica o aborto ofende a nossa Carta Magna. O direito à vida é apresentado como direito fundamental e está a salvo de qualquer violação, não sendo lícito à legislação infra-constitucional estabelecer distinção de qualquer natureza. Esse direito fundamental à vida é cláusula pétreia, isto é, não pode ser modificado por uma emenda constitucional, ou por lei, mas apenas por uma nova Assembléia Constituinte. Qualquer lei que viole o direito à vida é lei inconstitucional, é lei nula, que não pode produzir efeitos. Qualquer projeto que propõe a legalização do aborto, ofende o direito à vida e, por isso, é inconstitucional.

8.5. Quem pratica aborto ofende o Código Civil Brasileiro

O art. 2º de nosso Estatuto Civil diz que “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*” Antes de nascer, o nascituro já é protegido pelo direito civil brasileiro. Depois de nascer, ele será sujeito de direitos e deveres. Mas antes de nascer já recebe proteção jurídica, pode, por exemplo, receber doações, heranças, a filiação paterna, pode ter um curador à sua disposição. A gestante terá direito à licença maternidade, para cuidar de si e do nascituro. E o Estado tem obrigação de oferecer saúde pública, para garantir a boa saúde da gestante e do nascituro.

8. 6. Quem pratica aborto ofende o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/07/1990)

A prática do aborto ofende o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente que diz:

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

Quem pratica o aborto ofende ainda o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente que diz:

“A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Ofende ainda o art. 8º do Estatuto que diz:

“É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.”

Ou seja, o Estado tem obrigação de oferecer condições para a gestante ter o filho sadio e em condições dignas. Não tem o direito de oferecer condições para a morte do nascituro.

8.7. Quem pratica aborto comete crime, segundo o Código Penal Brasileiro

O art. 124 do Código Penal brasileiro pune o *aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento*, com pena de detenção, de um a três anos.

O *aborto provocado por terceiro*, previsto no art. 125 do Código Penal, pune o aborto provocado **sem** o consentimento da gestante, com pena de reclusão, de três a dez anos.

O art. 126 do Código Penal pune o *aborto provocado com o consentimento* da gestante, com pena de reclusão, de um a quatro anos.

O aborto provocado *em menor de quatorze anos*, ou em *alienada ou débil mental*, ou se o *consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência* é punido com pena de reclusão de três a dez anos, segundo o parágrafo único do art. 126 do Código Penal.

As penas cominadas ao crime de aborto são **aumentadas de um terço** se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são **duplicadas** se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Em qualquer circunstância, o aborto é crime no Brasil.

O art. 128 do Código Penal diz que não se pune o aborto praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante; ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Ainda assim há o crime de aborto. Só não haverá punição em tal hipótese, em face da isenção da pena.

8.8. Quem pratica aborto no Brasil ofende a Convenção Americana sobre Direitos Humanos

O Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. O Decreto nº 678 diz que a Convenção deverá ser cumprida “*tão inteiramente como nela se contém*”. O artigo 1º da Convenção diz:

“1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.”

O direito à vida, desde o momento da concepção, está protegido pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Diz o art. 4º.1:

“Toda pessoa tem o direito de que respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Como a Convenção Americana é lei entre nós brasileiros, ela deve ser respeitada e cumprida. Qualquer ação que interrompa a gravidez estará ofendendo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois ela determina que a vida deve ser respeitada desde a concepção, ou seja, desde a fecundação.

8.9. Quem pratica aborto não respeita a Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Resolução nº L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990. O artigo 6 da Convenção diz:

“1. Os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. 2. Os Estados-partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.”

8.10. O aborto também ofende o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

O Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, tornando-o lei no Brasil. O art. 6º do Pacto diz:

“1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

8.11. Vida: proteção do direito nacional e do direito internacional

A vida humana está protegida pelo direito nacional e pelo direito internacional. Não se trata de uma questão religiosa, como muitos querem afirmar. Cuida-se sim de questão de direito. Daí o fundamento jurídico contra a legalização do aborto no Brasil.

Se alguns países que se associaram a tais normas internacionais liberaram o aborto é por que deixaram de respeitar os seus compromissos internacionais, ou por que adotaram o entendimento científico de que a vida humana só começa depois de determinado período de gestação.

Como a Constituição Federal brasileira e a nossa legislação infra-constitucional não definem o que é a vida humana, nada mais lógico do que acolhermos o entendimento científico de que a vida começa no primeiro instante da fecundação, tendo em vista que o ser humano é o mesmo em qualquer fase de seu desenvolvi-

mento e possui igual dignidade desde o início de sua concepção. Ademais, não há comprovação científica de que a vida só começa depois de determinado período de gestação. O primeiro instante da fusão do espermatozóide ao óvulo é o início da vida humana.

8. 12. Não se justifica o aborto por motivos sociais

Nenhuma razão social pode justificar a prática do aborto. É inaceitável a alegação de que aborto é necessário para *controlar a natalidade*, para combater a *pobreza, a fome, o desemprego*, para solucionar um problema de *infidelidade conjugal*, para resolver problema de *gravidez não desejada*.

Muito menos se pode admitir o aborto sob a falsa justificativa de que a mulher é *dona de seu corpo* e deve ter *liberdade* para decidir sobre a continuidade ou não da gravidez.

A mulher é uma pessoa e o feto é outra. Tem a mulher esse dom sagrado de gerar o filho, mas não tem o direito de eliminá-lo. Por mais importante que seja a liberdade da mulher, não tem o direito de assassinar o seu bebê. Deus é o Senhor da vida.

Um dos argumentos a favor da legalização do aborto no Brasil é que a legalização faria *reduzir a taxa de mortalidade materna*, assim como ocorreu em alguns países do mundo após a legalização. Esse argumento não pode ser admitido, ainda que o aborto seja a quarta causa de mortalidade materna, porque o projeto que propõe a legalização é inconstitucional.

Também não pode ser aceito o argumento de que a legalização do aborto proporcionaria *economia para os cofres públicos* e acabaria com as *clínicas clandestinas*. A clandestinidade sempre existiu, mesmo depois da legalização do aborto em alguns países do mundo, como forma de a pessoa tentar preservar o sigilo sobre a prática de hediondo ato.

A alegação de que a legalização do aborto faria *diminuir o número de abortos* também é falaciosa. Ora, se na clandestinidade já seriam praticados milhares de abortos por ano, o que aconteceria após a legalização? Certamente aumentaria o número de abortos.

8. 13. O aborto causa sofrimento ao feto

Ao ser abortada, a criança morre de maneira dolorosa. Isso está comprovado pela ciência.

Um dos métodos utilizados na prática do aborto é o da *sucção do feto*: o bebê é arrancado do útero por uma sucção 29 vezes mais forte do que o vácuo de um aspirador de pó; a criança é destruída como se fosse uma fruta no liquidificador. Esse é o tipo de aborto mais comum. Um tubo de plástico, com uma lâmina afiada na ponta é introduzido no útero. O corpo do bebê é dilacerado e aspirado. A placenta também é aspirada.

Outra forma de abortamento é com o *catéter macio*. O útero é esvaziado por sucção. Outra forma é por *envenenamento*: insere-se uma agulha dentro do abdômen da mãe até a bolsa d'água do bebê e injeta-se uma solução de veneno. O bebê, que já respira e engole líquido desde a 11ª semana, fica envenenado. Esses bebês levam mais de uma hora para morrer e, algumas vezes, ainda nascem vivos. O veneno destrói o mecanismo coagulante do sangue. O efeito corrosivo do veneno queima e esfolia toda a pela dele, deixando à mostra a carne viva. Outro método é o da *injeção de solução salina*; injeta-se este veneno no feto quase sempre com mais de 18 semanas, e ele leva mais de uma hora para morrer; e é abortado depois de 24 horas.

Também a cesariana é usada como método abortivo.

Nenhum método elimina a dor do feto; por isso já se fala em anestesiá-lo antes de provocar o aborto.

8. 14. Conseqüências do aborto

A mulher que pratica o aborto passa a sofrer graves conseqüências psicológicas. Passa pela *síndrome pós-aborto*. O aborto produz trauma na mulher. Mesmo que a mulher que abortou um filho, venha a ter outros filhos, jamais esquecerá aquele que ela não deixou nascer. Não há como a mulher esquecer esse fato em sua vida. Cada choro de criança, cada rosto de um bebê, a faz lembrar o fato triste, a idade que o filho que ela não deixou nascer poderia ter, como ele seria em sua família. O aborto nunca deixará a consciência da mulher, que *é uma criatura de Deus formada para a maternidade, para amar o seu bebê; e quando ela mata o seu filho, ela fere o próprio coração*.

Além de problemas psicológicos que o aborto pode provocar na mãe; pode ainda causar *problemas físicos* como a laceração do colo do útero provocada pelo uso de dilatadores; pode provocar perfuração do útero, hemorragias uterinas, endometrite pós-aborto, evacuação incompleta da cavidade uterina, insuficiência ou incapacidade do colo uterino, aumento das taxas de cesariana entre outras. Enfim: *o aborto é uma violência para a mãe e para o bebê*.

8. 15. Aborto por motivos psíquicos

Não se admite a justificativa de alguns abortistas de que determinadas mulheres precisam do aborto para não ficarem traumatizadas com a gravidez. Citam, por exemplo, o caso da gravidez indesejada na adolescência ou a gravidez decorrente de violência sexual. Em nenhuma circunstância, porém, se justifica o aborto.

A lei brasileira autoriza o aborto em caso de gravidez decorrente de violência sexual ou em caso de risco de vida para a gestante (Código Penal, art. 128), mas alguns juízes têm indeferido os pedidos em tais casos, alegando que a permissão do aborto afronta o direito à vida, assegurado na Constituição Federal. Para alguns magistrados, o art. 128 do Código Penal, que autoriza o aborto em tais hipóteses, é inconstitucional.

8. 16. Conseqüências espirituais do aborto

O aborto é um pecado gravíssimo e sujeita a mulher e todos aqueles que participaram do hediondo ato à pena de *excomunhão, latae sententiae*, quer dizer, automática. O Cânon 1.398 do Código de Direito Canônico diz: “*Quem provoca aborto, seguindo-se o efeito, incorre em ex-comunhão latae sententiae.*” A pessoa excomungada é colocada para fora da Igreja, excluída do Corpo Místico de Cristo, impedida de participar da santa Missa e de receber os Sacramentos. Mas a pessoa que cometeu o aborto pode ser perdoada pela Igreja e ser reintegrada mediante o Sacramento da Confissão. Ela deve demonstrar arrependimento e fazer uma boa Confissão. A partir daí, ela pode recuperar a paz e é muito importante que ela também perdoe a si mesma. O Papa João Paulo II dizia às pessoas que fizeram o aborto que “*o Pai de toda a misericórdia vos espera para vos oferecer o seu perdão e a sua paz no sacramento da Reconciliação. Vos dareis conta de que nada está perdido e podereis pedir perdão também ao vosso filho que agora vive no Senhor.*”

8. 17. Aborto em casos de anencefalia

O Supremo Tribunal Federal admitiu, por maioria de votos, sete a quatro, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Na ação, que teve pedido de liminar deferido pelo relator, em julho de 2004, mas depois, a liminar, foi suspensa pelo Plenário, a CNTS pede que seja dada interpretação

conforme a Constituição Federal aos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, que tratam do crime de aborto, a fim de permitir a interrupção de gravidez de filhos anencéfalos. A Confederação justifica o pedido com base nos princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana, da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, bem como o direito à saúde*.

O ministro Marco Aurélio, relator da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, afirmou que com a admissibilidade da ação pelo Supremo, o próximo passo será debater com a sociedade a possibilidade de interrupção de gravidez nos casos em que o feto não tem formação cerebral (anencefálico). Em 25 de maio de 2005, a Procuradoria-Geral da República, nos termos do art. 6º, § 1º, parte final, da Lei nº 9.882/99, oficiou no feito requerendo a realização de audiência pública.

Segundo a medicina, o feto anencefálico não tem condições de sobrevivida fora do útero, em razão de suas anomalias neurológicas. A sobrevivida nessas condições pode variar de algumas horas até mais de um ano.

Matar, pelo aborto, nesse ou em outros casos de anomalias fetais, corresponde a uma eutanásia pré-natal, figura não contemplada na legislação brasileira.

Alguns juízes brasileiros têm autorizado o aborto em caso de anencefalia, mas os Tribunais Superiores têm cassado essas decisões, ao fundamento de que a hipótese não está prevista no art. 128 do Código Penal.

Segundo estudos médicos, a mulher não corre risco por anomalia do feto. O risco que existe em uma gravidez de feto anencefálico é o mesmo de um feto normal. Os riscos são evitáveis e tratáveis se houver um bom acompanhamento pré-natal.

8. 18. As normas técnicas que facilitam o aborto

O Ministério da Saúde tem divulgado normas técnicas que facilitam a prática do aborto no Brasil.

A norma cognominada “*Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes*”, que foi publicada em novembro de 1998 instrui os hospitais do SUS a abortar crianças de até 20 semanas (cinco meses) concebidas em suposto estupro.

A norma técnica “*Gestação de alto risco: manual técnico*” ensina a abortar crianças de até 28 semanas (sete meses) nos casos em que se diz que o aborto é necessário para salvar a vida da gestante.

A “*Norma técnica de atenção humanizada ao abortamento*”, assina-

da em 15 de dezembro de 2004, pelo Ministro da Saúde, diz que os médicos não podem informar à polícia, à autoridade judicial nem ao Ministério Público que a paciente fez aborto. **Nem mesmo é preciso apresentar o boletim de ocorrência policial do estupro.** Qualquer mulher que quiser fazer o aborto no SUS só precisa dizer que foi estuprada. Dispensa, pois, o boletim de ocorrência policial.

09. O que estaria por trás do movimento em favor da legalização do aborto no Brasil e no mundo

Duas são as principais origens da promoção do aborto e de sua legalização:

- a) origem eugênica
- b) origem política

A *origem eugênica* começou na Inglaterra. Sua maior expressão foi Margareth Sanger, americana de nascimento que desenvolveu seu trabalho no início do século passado com seu programa de controle de nascimentos. Em 1952, como resultado desse trabalho, foi criada a Federação Internacional de Planejamento Familiar, hoje presente em 142 países. No Brasil, sua afiliada é a BEMFAM – Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar.

Margareth Sanger defendia em seu livro *Pivot of Civilization* que “os seres sadios devem procriar abundantemente e os inaptos devem abster-se.” Dizia:

“Controle da natalidade – mais filhos saudáveis, menos incapazes. Controle da natalidade – para criar uma raça de puro-sangue. Nenhuma mulher ou homem terá o direito de se tornar pai ou mãe sem licença para a paternidade”.

Defendia que o pobre não deveria receber recursos públicos, e simplesmente deveria ser eliminado.

A tese de superioridade da raça branca, defendida por Margareth encontra ainda hoje seguidores de sua ideologia, e sobretudo defensores da legalização do aborto como forma de controlar a natalidade e proteger a raça.

A *origem política* do controle de natalidade, aí incluído o aborto, encontramos no documento *Implicações do crescimento demográfico para a segurança e os interesses externos dos Estados Unidos*, também denomi-

nado de “*Relatório Kissinger*”, datado de 24/04/1974, liberado pela Casa Branca, em 13/06/1989. Esse documento estabelece estratégias e recomendações para o controle de natalidade e quanto ao aborto declara: “*Certos fatos sobre o aborto precisam ser entendidos: - nenhum país já reduziu o crescimento de sua população sem recorrer ao aborto; - as leis de aborto de muitos países não são estritamente cumpridas e alguns abortos por razões médicas são provavelmente tolerados na maioria dos lugares. É sabido que em alguns países com leis bastantes restritivas, pode-se abertamente conseguir aborto de médicos, sem interferência das autoridades; sem dúvida alguma o aborto, legal ou ilegal, tem se tornado o mais amplo método de controle de fertilidade em uso hoje no mundo.*” Entre suas estratégias está o uso de mulheres e organizações feministas para conseguir os objetivos propostos por aquele relatório. Uma das principais estratégias é incentivar a mulher a *ingressar no mercado de trabalho* para ter menos filhos.

Além do interesse em controlar a natalidade e proteger a raça humana, há outros grupos de interesses diversos que defendem a legação do aborto. Dentre eles destacamos:

- a) os interessados em **transplantes** de tecidos vivos. Defendem a legalização do aborto para experiências científicas com seres humanos vivos;
- b) os que **comercializam** tecidos humanos de fetos abortados;
- c) os grupos de pesquisas com **embriões humanos**;
- d) os defensores da **inseminação artificial**;
- e) os **fabricantes** de produtos utilizados nos métodos artificiais de planejamento familiar. Os laboratórios farmacêuticos (pílulas, injetáveis, fabricantes de DIU, camisinha etc) por motivos óbvios, também apóiam a política antinatalista. A produção de pílulas abortivas, como a RU-486 (de invenção do Dr. Banlieu, fabricada pelo Laboratório Roussel), a “pílula do dia seguinte” e outros artefatos, igualmente abortivos como o DIU, tentam mudar a prática do aborto cirúrgico substituindo-o pelo aborto químico ou mecânico. Esses produtos provocam o aborto “sem sofrimento” (para a mãe) e constituem os “abortos no silêncio” ou “abortos piedosos”;
- f) **fabricantes de cosméticos e sabonetes**. Alguns fabricantes de cosméticos e sabonetes utilizam-se de fetos abortados como matéria prima para seus produtos.

Recursos financeiros para o controle da população teriam sido destinados pelo Fundo de População da ONU a vários países. Para o Brasil, estariam previstos cerca de 850 milhões de dólares para serem consumidos em cinco anos. Segundo afirma o Prof. Humberto L. Vieira, Presidente da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, um dos planos desse Fundo seria bancar projetos destinados à legalização do aborto, à esterilização, à contracepção e defender a união civil de pessoas do mesmo sexo. Denuncia o Prof. Humberto que “*as tentativas para legalização do aborto como método de controle de população não são casuísticas e sim fruto de projetos altamente financiados por grupos e organizações interessadas na melhoria da raça humana e no domínio político do mundo.*” (Aspectos políticos do aborto, Prof. Humberto L. Vieira, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família – providafamilia.org).

Acreditamos ainda que está por trás do movimento em favor da legalização do aborto a chamada *indústria do aborto*, ou seja, o interesse daqueles que desejam enriquecer com a instalação de clínicas de aborto. Em algumas clínicas, nos Estados Unidos e na Europa, onde o aborto é legalizado, cobra-se de 100 a 1.200 dólares para se fazer um aborto. Com a legalização no Brasil, certamente muitas pessoas iriam tentar enriquecer explorando o aborto. Segundo dados não oficiais, no Brasil, ocorreria por ano aproximadamente um milhão de abortos, boa parte deles provocado, ou seja, não espontâneos. Pelo visto, trabalhar com aborto daria muito mais resultado financeiro do que trabalhar com medicina.

Além do interesse econômico, o aborto pode estar a serviço de países ricos para *domínio e submissão* dos países pobres, especialmente como forma de impor a esses um controle de natalidade.

Segundo se tem divulgado, a ONU está promovendo o aborto como direito humano fundamental e quer globalizar o aborto até o ano de 2.015.

Conclui-se, portanto, que por trás desse movimento crescente em favor da legalização do aborto, estaria o interesse econômico e o interesse dos países ricos em dominar cada vez mais os países pobres.

10. Conclusão

Em conclusão, apresento as dez razões contra o aborto que estão sendo divulgadas pelo *site* da Mitra Arquidiocesana de Brasília (www.mab.org.br), e que foram elaboradas pelo Dr. Francisco Victor Bouissou, presidente do Conselho Arquidiocesano de Leigos de Brasília - CAL.

DEZ RAZÕES PARA REJEITAR TOTALMENTE O ABORTO

1. O embrião é a designação dada ao ser humano no início de sua existência, com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Trata-se de um indivíduo da espécie humana, com um código genético próprio e a mesma dignidade e direitos, independentemente da fase de desenvolvimento em que se encontre. Destruir um embrião ou um feto é eliminar uma vida humana.
2. O Comitê Nacional de Bioética da Itália, por exemplo, sustenta a posição de que o embrião é um indivíduo da espécie humana, reconhecendo o dever moral de tratar o embrião humano, desde a fecundação, segundo os mesmos critérios de respeito e tutela que se devem adotar em relação a todos os demais seres humanos.
3. Interrupção de gravidez é sinônimo de aborto e significa interromper a vida, quando a morte é antecipada por deliberação dos pais ou do médico. O que se busca com a interrupção de gravidez é a interrupção do processo gestacional, impondo um fim definitivo à vida do embrião ou do feto.
4. Todo aborto pressupõe uma vida preexistente. Os abortos são feitos justamente porque estes embriões ou fetos estão vivos, pois se não se interrompe a gravidez, por meio de um aborto provocado, eles nasceriam normalmente.
5. Não é lícito reconhecer à mãe o direito ao aborto com base no argumento de que o que existe no seu ventre é parte do seu corpo, pois cientificamente está comprovado que, desde a concepção, existe um ser humano com um código genético único, original e diferenciado do corpo da mãe, não fazendo parte dele, mas sim representando um indivíduo novo e autônomo.
6. Há no aborto algo gravíssimo: o domínio radical sobre um ser inocente e incapaz de se defender por conta própria e que não recebeu a devida proteção e tutela por parte dos pais, dos médicos ou do Estado.
7. O direito à vida é inviolável e é, também, o primeiro dos direitos naturais. Do respeito à vida decorre o respeito a todos os demais direitos, caracterizando-se como um verdadeiro direito supraestatal, ou seja, um direito que não resulta da lei, mas que precede a própria lei.

8. A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 5º (caput) estabelece: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:*”. Nota-se, portanto, que o direito à vida é o primeiro de todos os direitos.
9. O art. 2º do Código Civil Brasileiro determina que “*a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida: mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Por conseguinte, conclui-se que a Constituição Federal e a lei civil brasileira garantem o respeito à vida, como um direito que deve ser salvaguardado desde a concepção.
10. O Brasil ratificou Tratados internacionais sobre direitos humanos fundamentais, como o Pacto de São José da Costa Rica, que, em seu art. 4º, também garante o direito à vida desde a concepção. Logo, toda forma de aborto, ou de seus sinônimos mais usuais como “*interrupção da gravidez*” ou “*antecipação terapêutica do parto*” são imorais, brutais e, com certeza, ilegais em face do ordenamento jurídico brasileiro.

Notas

¹ Fonte: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (www.sof.org.br/bd/vernot.php?cod=557).

Referências Bibliográficas

- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Biodireito*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, PUC Minas, 2002.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1999.
- ENGELHARDT, H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- FIÚZA, Coordenação de Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, volume 2 (Parte Especial). 3ª edição, 2004.

- PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro. Parte Especial*. São Paulo: Ed. RT, 2005
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*, volume 2. São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2005.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal. Parte Especial*, volume 3. São Paulo: Saraiva, 1999.
- EÇA, Antonio José. *Roteiro de medicina legal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- AQUINO, Felipe. *Aborto? ... Nunca!. 40 razões*. São Paulo: Cléofas, 2005.

Sites Pesquisados:

www.camara.gov.br
www.senado.gov.br
www.planalto.gov.br
www.stj.gov.br
www.stf.gov.br
www.tjdf.gov.br
www.providafamilia.org.com
www.fsp.usp.br
<http://eutanasia.no.sapo.pt/perguntasrespostas.htm>
<http://aborto.no.sapo.pt/>
<http://conselho.saude.gov.br>
www.cnbb.org.br
www.mab.org.br

Resumo

O artigo trata da controvertida questão da descriminalização do aborto. Após citar os diversos projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados, fulcrados em substitutivo da Deputada Federal Jandira Fegahli, o texto efetua uma minuciosa análise do tema, sob os enfoques jurídicos, filosóficos, sociais e religiosos, apresentando argumentos contrários à revogação de dispositivos do Código Penal que regulam a matéria:

Palavras-Chave: Gravidez - Aborto - Código Penal - Descriminalização

Abstract

The text deals with the controversial issue of the decriminalization of abortion. After mentioning the many projects under scrutiny in the House of Representatives, based on the substitutive project by Rep. Jandira Fegahli, the text analyses the issue in detail from the juridical, philosophic, social and religious perspectives, presenting arguments in favor and against the revocation of the Criminal Code provisions that regulate the issue.

Key words: Pregnancy – Abortion - Criminal Code - Decriminalization.

Resumen

El texto trata del controvertido tema de la descriminalización del aborto. Luego de mencionar los muchos proyectos de ley en trámite en la Cámara de Diputados, basados en proyecto substitutivo de la Diputada Jandira Fegahli, el texto analiza el tema en detalle desde de los enfoques jurídico, filosófico, social y religioso, presentando argumentos a favor y en contra la revocación de los dispositivos del Código Penal que regulan la materia.

Palabras clave: Embarazo – Aborto - Código Penal - Descriminalización.

Sou pai de quatro filhos. Todos desejados, acalentados, bem-vindos. Felizmente, no âmbito da minha família, nunca deparei com a escolha entre prosseguir ou interromper um processo gestacional, seja qual for o motivo. Se acontecesse de defrontar com tão angustiante situação, deixaria à minha mulher a decisão. É que, em última análise, a mim convulsionariam as dores emocionais e morais do gesto; sobre ela recairiam ainda os sofrimentos físicos e psicológicos de tão radical deliberação, pois é certo que, nesses casos, as repercussões corpóreas e espirituais são mais diretas, profundas e duradouras na mulher. O homem, por mais presente e integrado, acaba assistindo a tudo a certa distância.

Todas essas considerações vêm a propósito do intenso debate que mobiliza o País desde que deferi um pedido de liminar formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, possibilitando, assim, a antecipação terapêutica do parto ou, em outras palavras, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, sem o receio da glosa penal. Assenti sobretudo aos argumentos de que a permanência do feto mostra-se potencialmente perigosa, podendo ocasionar danos à saúde e à vida da gestante. Anuí à lógica irrefutável da conclusão sobre a dor, a angústia e a frustração experimentadas pela mulher grávida ao ver-se compelida a carregar no ventre, durante nove meses, um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá. Não pude deixar de concordar em que, para qualquer pessoa nessa situação, ficar à mercê da permissão do Estado para livrar-se de semelhante sofrimento resulta, para dizer o mínimo, em clara violência às vertentes da dignidade humana – física, moral e psicológica. Definitivamente, não tive como aquiescer à ignomínia de, à luz da letra fria – e quiçá morta – da lei, condenar-se a gestante a suportar meses a fio de desespero e impotência, em frontal desrespeito à liberdade e à autonomia da vontade, direitos básicos, imprescindíveis, consagrados em toda sociedade que se afirme democrática. É até possível para alguns passar incólume pela decisão de, mediante simples omissão, escudados pelas lacunas ou obsolescências da legislação, impingir dor e aflição a outrem. Ora, principalmente em caso penoso como o que se põe em discussão, há que se calçar o sapato não com o próprio pé, mas com o pé do outro, de modo a sentir exatamente onde lhe

machuca o calo. Seria então de bom alvitre que o julgador, para aguçar o termômetro da sensibilidade, perguntasse a si mesmo, antes de qualquer decisão: e se fosse com a minha filha, minha mulher, minha irmã? Suportaria eu esses nove meses de tormento, de espera sem esperança?

Ao fim e ao cabo, a pergunta que não quer calar é: quem poderá, efetivamente, dimensionar a dor alheia? Quem poderá condenar outrem a querer, antes de tudo, preservar a si mesmo, colocando à margem outros valores? Por que se deve respeitar os valores de quem tem fé e olvidar as convicções de quem ignora dogmas religiosos ou trajetórias espirituais? Em nome de que deus ou sob a égide de que premissas humanitárias defende-se o direito à efêmera sobrevivência de um em detrimento do risco e do padecimento, sabe-se lá a gravidade das conseqüências, de outro?

Penso que, no cerne da questão, está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. São muitos e de crucial importância os valores em jogo. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. Ao saber-se portadora de uma nova vida, a mulher percebe inundar-lhe o sentimento de maternidade. São nove meses de substanciais mudanças no seu dia-a-dia, vivenciadas minuto a minuto. O dissabor das modificações físicas, estéticas, logo é suplantado pela alegria de descobrir-se reeditando o impressionante milagre da vida. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade ao nível máximo e todos os esforços são direcionados ao alvissareiro acontecimento que é o nascimento de uma criança. A natureza, entretantes, reserva surpresas às vezes desagradáveis. Diante da notícia da existência de uma deformação irreversível no feto, constatada graças aos avanços tecnológicos no campo da medicina, postos à disposição da humanidade justamente para amenizar padecimentos e, ao agigantá-los, vê-se a gestante em brutal encruzilhada: ou se rende à fatalidade e queda, inerte, ante o lapso do legislador, aguardando submissa o término desse desditoso período, como se cumprisse uma sentença, como se merecesse ser castigada, ou ousa se rebelar, preferindo lutar pelo bem-estar pessoal, quem sabe até resguardando a própria sanidade física e mental.

O certo é que, em se tratando da anencefalia, a ciência médica atua com 100% de certeza. Consoante atestam confiáveis dados estatísticos, 50% dos fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino. Se porventura a gestação chega a termo, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, não havendo nenhuma chance de serem afastados os efeitos da deficiência. Portan-

to, diante de tais circunstâncias, não há como refutar a assertiva de que se prolongar a gestação é infligir à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como negar que, nessa hipótese, acaba-se por obrigar a gestante a conviver diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta de que o feto, dentro de si, nunca poderá se tornar um ser vivo? Se assim é, configura-se situação concreta que foge às restrições relativas ao aborto – que sempre pressupõe a potencialidade da vida. Em suma, a saúde, como definida pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, sob os aspectos físico, mental e social. Daí haver entendido ser mister afastar-se esse distorcido quadro, impedindo-se que se projete, no tempo, tão esdrúxulo drama; essas, as razões que me levaram à concessão da comentada liminar.

Logicamente, diante da complexidade das questões envolvidas, da importância dos valores em jogo, é bastante compreensível – e até desejável – que toda a sociedade se manifeste num salutar e profícuo debate de idéias e opiniões, sem cerceamentos ou preconceitos de qualquer espécie. Estamos numa era em que mais do que nunca é preciso exercitar a tolerância e cultivar o respeito pelas manifestações externadas pelos diversos segmentos sociais. Há que se ouvir não só pessoas com experiência e autoridade na matéria, mas todos os que, de uma forma ou de outra, sintam-se alcançados pelo desfecho da controvérsia e queiram ou entendam possam dar alguma contribuição. Por isso, como relator do processo, resolvi incentivar o debate, com o intuito de enriquecê-lo, abrindo oportunidade a que interessados – na simples condição de parte do tecido social – pronunciem-se. Bem sei que a discussão jamais se esgotará, tantos e tão significativos mostram-se os aspectos envolvidos. De minha parte, serei todo ouvidos, estando pronto à evolução, se convencido da erronia do pronunciamento implementado no campo acautelador. Que, ao final, com respaldo na necessária lógica da razão, com esteio no arcabouço normativo-constitucional, mas sobretudo consideradas as vertentes éticas e humanitárias que se encontram no âmago da questão, chegue a Corte à decisão mais sábia, mais prudente, mais justa, como sempre sói acontecer. Oxalá assim seja mais uma vez.

Resumo

O aborto é tema que sempre produz acaloradas discussões no seio de nossa sociedade. Com o avanço da ciência e a possibilidade de se detectarem problemas com o feto, a discussão novamente se coloca, agora sob o prisma da interrupção da gravidez, quando identificada deformidade ou patologia que afaste, com absoluto

grau de certeza, a potencialidade da vida, como ocorre no caso de feto anencéfalo. O autor faz um juízo de ponderação entre os valores envolvidos e destaca as conseqüências, sobretudo para a mulher, compelida ao prosseguimento da gestação, mesmo diante da certeza de que o feto não sobreviverá. Ao final, coloca o assunto para discussão perante os segmentos com legítimo interesse no assunto.

Palavras-chave: Feto - Anencéfalo - Aborto – Dignidade humana

Abstract

Abortion is an issue that always leads to intense debate within society. With scientific breakthroughs and the possibility to detect problems with the fetus, the issue is again raised, now under the prism of pregnancy interruption when a malformation or a pathology rends the potentiality of life, as in the case of anencephaly. The author makes a judgment on the values in perspective and highlights the consequences, especially for women compelled to give way to pregnancy, even in face of the certainty that the fetus will not be able to survive. The issue is raised for debate amongst all those with a legitimate interest in it.

Key words: Fetus – Anencephally – Abortion - Human dignity.

Resumen

Aborto es un tema que siempre plantea acalorado debate en la sociedad. Con el desarrollo científico y la posibilidad de identificar problemas con el feto, el tema vuelve a plantearse ahora bajo el prisma de la interrupción del embarazo cuando una deformidad o una patología que hace imposible la potencialidad de la vida, como en el caso de la anencefalia. El autor pondera los valores en perspectiva y enfatiza las consecuencias, especialmente para la mujer compelida a sostener un embarazo mismo en face a la certidumbre de que el feto no logrará sobrevivir. El tema is presentado al debate a todos con intereses legítimos en el mismo.

Palabras clave: Feto – Anencefalía – Aborto - Dignidad humana.

Introdução

O presente trabalho aborda aspectos fundamentais da contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) incidente sobre as remessas ao exterior, instituída pela Lei nº 10.168, de 27/12/2000, doravante denominada *CIDE-tecnologia*, notadamente com relação às remunerações relativas ao *software*. Mais especificamente: expõe as diferentes correntes interpretativas de sua validade jurídica, incluindo juristas, tribunais e administração fazendária. As diversas, e até mesmo antagônicas, apreciações a que iremos nos referir somente demonstram o quanto é controversa essa figura tributária.

Serão abordadas as três características fundamentais da CIDE, que a tornam figura exótica¹ no sistema tributário brasileiro. São os chamados critérios de validação, sobre os quais há amplas correntes doutrinárias, com entendimentos diversos e até mesmo contrapostos, que são os seguintes: (a) estabelecer o alcance constitucional do termo “*intervenção no domínio econômico*”, a discussão matriz do tema, carregada de conteúdo ideológico; (b) examinar seu caráter finalístico, que a difere de todos os outros tributos do arcabouço tributário brasileiro; e (c) determinar o setor econômico e o contribuinte aos quais a CIDE deve estar vinculada, que são, por definição, restritos.

Esse conjunto de características tem proporcionado ampla gama de interpretações, cujo acúmulo vem formando um lastro de possibilidades talvez excessivamente abrangente para guiar decisões acerca da CIDE; esse fato é agravado em razão de que as espécies de CIDE apresentam peculiaridades que, muitas vezes, impedem seu enquadramento com certa dose de tranqüilidade na CIDE genérica. A CIDE incidente as remessas relativas ao *software* é um exemplo desse fato, como será demonstrado à frente.

Apontar e analisar algumas incongruências das posições doutrinárias mais relevantes, quanto aos tópicos acima apontados, relativos à CIDE incidente sobre remessas pertinentes a *software*, tendo em vista os critérios de validação referidos, é o objetivo principal deste trabalho. Procurar-se-á demonstrar que mesmo as doutri-

nas mais favoráveis à constitucionalidade da espécie incidente sobre as remessas apresentam significativas falhas conceituais que a doutrina e a jurisprudência não conseguem preencher. A situação é agravada pelas práticas e legislação infraconstitucionais inadequadas, como a de se fazer incidir a CIDE sobre todas as remessas referidas no Decreto nº 4.195, de 11/04/2002, independentemente de que os valores tributados refiram-se à transferência de tecnologia ou não, em flagrante desrespeito a dispositivo constitucional necessário à validação da CIDE, conforme avaliação de amplo contingente de legisladores. Entretanto, decisões de 1ª instância têm de certa forma corroborado sua constitucionalidade, contrariamente ao posicionamento de juristas, incluindo mesmo aqueles que inicialmente foram mais favoráveis.

I – Questões preliminares

1.1 - **CIDE e evolução do Estado** - A contribuição de intervenção, seja de que espécie for, está diretamente relacionada com a evolução das tarefas atribuídas ao Estado, no lento processo de evolução da organização política nas sociedades ocidentais. E por isso mesmo está vinculada às idéias liberais que formataram o Estado inglês, após a revolução gloriosa de 1688. Tais concepções entenderam as liberdades individuais como a grande mola propulsora do progresso e da vida social. Nesse contexto, desponta a liberdade-síntese do Estado liberal que é a do livre uso e gozo da propriedade, à qual as concepções da Idade Média colocavam numerosos empecilhos.

O contratualismo de John Locke foi fundamental na fixação desse ideário, ao admitir que o reconhecimento da propriedade já existia antes mesmo da criação do Estado. Surge então o paradoxo: para quê o Estado, se os homens reconhecem a propriedade uns dos outros e o ideal é não ter Estado? Locke responde à questão admitindo que a perda da razão de alguns homens (a razão é o reconhecimento da propriedade) pode colocar em risco o estado de relativa paz existente antes do contrato social. Há que se colocar um poder soberano justamente para proteger o que já existia (a propriedade) antes da existência do Estado. Assim, o Estado já nasce limitado pelo que preexistia, devendo, por isso mesmo, ser mínimo.

É, portanto, atávico ao Estado liberal a proteção à propriedade privada e, por extensão, aos negócios econômicos dos homens no usufruto e nas transações com a propriedade, em ambiente de liberdade individual. A proteção às liberdades humanas, assim entendidas, se confundem com as próprias regras desses negócios. Nesse sentido, as formas de intervenção do Estado liberal na economia visa remover os empecilhos colocados à dinâmica dos negócios econômicos dos particulares.

A ameaça das reivindicações trabalhistas, os *default* e *crack* das economias capitalistas, a ganância dos próprios capitalistas, tudo isso ao longo do tempo foi demandando ingerência estatal na economia, com o intento de recolocá-la nos trilhos das liberdades transacionais. Ou seja, a intervenção é decorrente de falhas na economia, nos homens e também decorre de “falhas” do exercício da própria liberdade.

As contribuições surgiram primeiramente para procurar solucionar conflitos distributivos decorrentes da expansão capitalista – as contribuições sociais. Algumas constituições, no começo do século XX, instituíram exações para garantir direitos de saúde, previdenciários etc, como a do México e a da república de Weimar, na Alemanha². Surgiram, portanto, no âmbito de expansão dos direitos sociais típicos do Estado contemporâneo. Sem dúvida, esse é um contexto de desmoroamento do Estado liberal e de afirmação de que outros fins estatais, que não somente os econômicos, podem justificar a intervenção na economia, como o do equilíbrio social. Posteriormente, surgiram as contribuições de intervenção na economia.

Do ponto de vista econômico, essas contribuições, embora com justificativas sociais, guardam identidade com o contribuinte, na medida em que ele é ou será delas beneficiários. Por isso é que as contribuições estão no rol dos direitos humanos de segunda geração.

1. 2 - **CIDE como contribuição especial** - Neste trabalho, adotar-se-á o termo contribuições especiais para identificar as contribuições de que trata o art. 149 da Constituição Federal. Outra classificação é utilizada por analistas tributários, a qual inclui a CIDE como espécie do gênero contribuições sociais.

Segundo Pimenta³, contribuição especial é a terminologia mais adequada. Argumenta que o art. 149 da Constituição outorgou competência à União para instituir “*contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e no interesse de categorias profissionais ou econômicas*”, mostrando claramente que as de intervenção e as sociais não se confundem. Além da CIDE, há as contribuições de interesse de categorias profissionais e autônomas, tais como as cobradas pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pelos Conselhos Regionais de Medicina etc.

As contribuições sociais, por sua vez, se subdividem nas seguintes espécies: a) contribuições para a seguridade social; b) salário-educação; c) contribuição para o PIS; d) contribuições para o sistema “S”; e) contribuição para o FGTS e f) CPMF.

1.3 – **CIDE e Lei Complementar (LC)** - Quanto a esse quesito, as posições dividem-se em três correntes igualmente fortes. A primeira entende que a CIDE não existia à época da promulgação do Código Tributário Nacional (CTN) – Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, recepcionado como LC pelo sistema jurídico brasileiro e, que, portanto, somente uma lei com esse *status* poderia introduzir tal figura tributária no direito positivo nacional. Assim, CIDE somente poderia ser instituída por LC.

Uma segunda corrente, embora aceite lei ordinária como instituidora das contribuições, reconhece a necessidade de LC para definir seus fatos geradores, base de cálculo e contribuintes, a teor da letra “a” do inciso II do art 146 da Constituição. Em sentido contrário, estão os que advogam que as contribuições fazem parte do capítulo tributário da Constituição, sendo elas então tributos e, portanto, regendo-se pelas regras que os informam, dispensando-se a LC como requisito para sua instituição e cobrança.

Manifestando-se sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal (STF) tende a endossar a suficiência da lei ordinária para criar e gerir as contribuições, o que tem provocado amplas discordâncias de doutrinadores. Mas alguns deles alertam que as decisões do STF estão baseadas no fato de que suas razões estão amparadas no entendimento de que o texto constitucional contém todos os pressupostos pertinentes às contribuições em geral. Todavia, não é esse o caso da CIDE⁴.

1.4 – **Natureza tributária da CIDE** - Um ponto já pacificado é o de que a CIDE tem a natureza de tributo, mas não se confunde com o imposto, por ter o produto de sua arrecadação vinculado ao objetivo que a instituiu, fato que a diferencia plenamente do imposto, que tem na desvinculação a principal característica de sua natureza. Também não é taxa, pois não há nenhuma contra-prestação perfeitamente mensurável ao contribuinte e também não é contribuição de melhoria, pois a essência da CIDE não comporta valorização de bem do contribuinte decorrente de obras públicas.

Tem-se, então, que a CIDE é tributo, mas de natureza diferenciada, regendo-se pelas mesmas legislações, tanto no nível constitucional como no infraconstitucional, que regulamentam os outros tributos nacionais, com as adaptações que suas peculiaridades exigem.

II - Perfil constitucional de características essenciais da CIDE

Como foi dito na introdução, três aspectos peculiares da CIDE são abordados no presente trabalho, quais sejam: a *finalidade*, a *área de atuação* e a *vinculação*. Examinaremos a seguir cada um deles.

2.1 – **Finalidade** - Conforme análise de Pimenta⁵, a apreciação conjunta dos arts. 145, II e III, 153, 155 e 156 e o art. 149 da CF permite o entendimento de que a Constituição adotou “*duas técnicas para distribuir as competências tributárias entre os entes tributantes*”. Assim, para os impostos, taxas e contribuições de melhoria, a Constituição indicou a materialidade da exação, a regra-matriz da incidência, a causa que enseja o nascimento da obrigação tributária. Em síntese, o fato gerador.

Para as contribuições em análise, o texto constitucional omitiu a indicação de sua materialidade que, ainda segundo Pimenta, se contentou em referir-se à finalidade da exação. Com efeito, o art. 149 fixa a competência exclusiva da União para instituí-la como “... *instrumento de sua atuação nas respectivas áreas...*”. A técnica relacionada diretamente com a materialidade da exação denomina-se de causal; enquanto a técnica da CIDE é *finalística*.

Vê-se, pois, que o fato gerador da CIDE está atrelado não à ocorrência de um evento econômico-financeiro, mas a finalidade devidamente expressa que a justifique, estando, portanto, mais vinculada aos fins para os quais foi criada. Muito embora haja a necessidade da ocorrência de um evento econômico para que ela seja devida, não é esse evento em si que gera a obrigação tributária. Está, portanto, a CIDE muito mais vinculada aos fins para os quais foi instituída do que propriamente aos meios que conformarão a base de cálculo.

Essa interpretação, que identifica o fato gerador da CIDE com a finalidade para a qual foi instituída, é defendida pela ampla maioria dos doutrinadores, como bem observa Pimenta⁶. A finalidade, pois, é o fato gerador não somente da CIDE, mas de todas as contribuições especiais, e essa é a sua característica principal, tornando-a tributo vinculado à atuação estatal, no caso da espécie CIDE, na esfera econômica.

Assim, a previsão constitucional, naturalmente vinculada à finalidade, para a instituição da CIDE, deve estar prescrita na Constituição inequivocamente. Nesse sentido, o dispositivo base é o artigo 149⁷, constante do Título VI – Da Tributação e do Orçamento. É ponto pacífico, entre os doutrinadores, que o dispositivo constitucional para instituição e cobrança da CIDE é esse artigo. Sendo assim, o seu teor é reproduzido como ponto de partida da presente análise:

“Art.149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem

prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

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

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

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

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez”.

Um primeiro e fundamental ponto a ser observado da leitura de seu caput é o que determina que as *contribuições são instrumento de atuação da União em suas respectivas áreas*. Ou seja, a CIDE é um dos instrumentos da União para intervir no domínio econômico (sua área de atuação).

Essa leitura nos remete à necessidade de definir-se o alcance do termo *domínio econômico*, a área de interferência da CIDE, que deverá ser buscado na própria Constituição. Assim, a interpretação sistemática faz-se necessária e decisiva, já que o art. 149 ficaria destituído de sentido se lhe for dado tratamento isolado. Deve-se, portanto, estar atento para a recomendação de que, *em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema para que se preserve a coerência do todo*⁸.

Para a totalidade dos doutrinadores, o art. 149 da Constituição deve ter interpretação sistematizada, necessariamente, com os arts. 170 a 175 da CF (ordem econômica e financeira). Esses artigos estabelecem as definições e parâmetros das atividades econômicas. Tendo em vista que a CIDE é intervenção no domínio

econômico, a sistematização entre o art. 149 e os arts. 170 a 175/CF torna-se primordial.

O ponto crucial da ordem econômica de qualquer país diz respeito à dicotomia Estado-sociedade, uma discussão antiga e divisora de tendências ideológicas, desde o nascimento do Estado Moderno. A questão se resume em definir se a economia é de mercado, no sentido de que as atividades econômicas ficam a cargo de particulares (livre iniciativa, arts. 1º, IV e 170, *caput*, CF); se tal empresa cabe ao poder político, ou se haverá uma combinação de ambas. Seja qual for a opção, definições precisas de limites, encargos e abrangência serão sempre objeto de acesos debates.

A ordem econômica da Constituição consagrou a economia de mercado, como pode se depreender da leitura do art. 170, reproduzido a seguir:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....

II - propriedade privada;

.....

IV - livre concorrência”.

Entretanto, conforme numerosas variações existentes no mundo, a propósito das relações setor privado/atividade estatal, esse ponto central não é intocável, no sentido de que em certas condições justificadoras, a intervenção efetuada pelo setor público pode ser aceita e até mesmo incentivada. Ela pode ser de duas formas: direta e indireta. Na Constituição, a intervenção direta é permitida desde que estejam presentes imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos do *caput* do art. 173:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

A segunda forma é a intervenção indireta, que objetiva favorecer o funcionamento eficaz da economia de mercado; e até mesmo como experiência histórica, os estados contemporâneos jamais a dispensaram. Está sendo referida aqui a ativi-

dade de regulação e normatização dos fenômenos econômicos, que exigem intervenção estatal, variando, enormemente, entre as nações a gradação dessa interferência. Em nossa Constituição, tal atividade estatal está colocada nos seguintes termos:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Por fim, o caput do art. 175 consagra a atividade precípua do Estado, qual seja a de prestador de serviços públicos, que está assim colocada:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Tendo em vista que as atividades econômicas diretas estão reservadas aos particulares, somente se admitindo a participação da União em casos excepcionais, a CIDE, como instrumento de intervenção no domínio econômico, somente poderá incidir sobre tais atividades. Em síntese, entende-se o domínio econômico como a esfera das relações econômicas privadas. Não há espaço, portanto, para incidência de CIDE sobre as atividades típicas do Estado, que são aquelas referentes à prestação de serviços públicos, pois não há como se caracterizar o requisito da intervenção. Entretanto, poderá incidir, também, a CIDE sobre as atividades típicas do Estado que tenham sido objeto de concessão ou permissão ao setor privado. Por esse mesmo raciocínio, mas em sentido inverso, não caberá a incidência da CIDE sobre as atividades econômicas em que o Estado atua diretamente, por ter competência constitucional, em razão de que são mercados monopolísticos.

Está, assim, excluída a possibilidade de instituição de CIDE, com base nos artigos 173 e 175, em razão de que as prescrições contidas neles não se coadunam com as exigências extraídas do teor do art. 149, segundo o entendimento de amplo contingente de doutrinadores.

Não cabendo a incidência da CIDE sobre as atividades expressas nesses artigos, a sistematização do artigo-matriz constitucional (art. 149), que lhe é necessária para definição de sua própria essência, localiza-se no art. 174. Em outras palavras: a CIDE somente poderá ser instituída para efeito de atuação do Estado,

no caso a União, como agente regulador ou normatizador. Conseqüentemente, sendo um instrumento de apoio da atividade estatal para o exercício de suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, no contexto, é bom que se frise, de uma economia de mercado.

2.2 - **Área de Atuação** - O requisito da área de atuação diz respeito ao setor econômico sobre o qual ocorrerá a intervenção estatal para alcançar a finalidade pretendida. É assente, entre a maior parte dos doutrinadores, que a CIDE somente pode incidir sobre determinado setor econômico. CIDE genérica é um contra-senso; descaracteriza-lhe a essência, tornando-a claramente inconstitucional.

À expressão “domínio econômico”, contida no art. 149 da Constituição, tem que obrigatoriamente ser dada interpretação restritiva, que alcance apenas setor econômico claramente delimitado. Nesse contexto, no entender de Greco, *medidas adotadas pela União, que digam respeito ao domínio econômico como um todo (por exemplo, criação de uma nova moeda) não são hipóteses de intervenção nesse domínio, mas são casos de delineamento do próprio domínio econômico e das bases em que ele se desenvolve*⁹.

2.3 - **Vinculação** - Por esse requisito, entende-se que o produto da arrecadação da CIDE deve estar obrigatoriamente vinculado à área econômica que gerou a necessidade de sua instituição. Não ocorrendo isso, surge um imposto, o que torna sua cobrança inconstitucional. Entende-se, portanto, que a CIDE tem objetivos fiscais, com a característica de que toda a sua arrecadação deve ser destinada a determinado setor econômico.

Ter a CIDE essência extra-fiscal é também posição defendida por alguns doutrinadores. Conforme Greco¹⁰, pode ser ela mesma o objeto da intervenção. Nesse caso, a finalidade da intervenção será buscada com a própria incidência da CIDE, independentemente de o produto de sua arrecadação ser destinado ao setor econômico objeto da intervenção. Um exemplo é CIDE instituída para equalizar preços. A finalidade pretende ser atingida com a sua introdução no mercado referido e não com o destino do produto de sua arrecadação. Ainda pela inteligência de Greco, a CIDE pode ter sentido duplo: ela pode em si mesma ser o objeto da intervenção, como também o produto de sua arrecadação ser destinado ao fim pretendido. Quando a CIDE é, ela mesma, o objeto da intervenção diz-se que tem finalidade extra-fiscal; por sua vez, CIDE que tem como propósito a destinação do produto de sua arrecadação a uma finalidade pretendida, diz-se que tem objetivo fiscal.

O requisito da vinculação também alcança o sujeito passivo da obrigação. Somente poderão ser contribuintes da CIDE os sujeitos vinculados à área econômica alvo da intervenção. O que está em perfeita consonância com a restrição do setor econômico. Essa vinculação apresenta outra dubiedade. Para Greco¹¹, a vinculação basta por si mesma, ou seja, pertencer ao mercado do setor econômico objeto da intervenção já é suficiente para torná-lo contribuinte potencial. Para outras correntes, a vinculação está associada indissolavelmente ao benefício a ser conferido ao contribuinte. Por esse entendimento, somente há contribuinte-beneficiário. Esse assunto será analisado, adiante, em mais detalhes.

III - *Software, royalties e tecnologia* – conceitos gerais

3.1 – *Software* - Se as contribuições de intervenção, em si, são problemáticas, exigindo, de todos, enormes esforços interpretativos e de sistematização, o mesmo se pode dizer com relação à tributação do produto *software*, com certeza até com um pouco mais de intensidade.

Como produto síntese da era do conhecimento tecnológico, o *software*, a par com o incremento extraordinário dos meios de comunicação, que tornou instantânea a comunicação entre os homens (na verdade, entre alguns homens), revolucionou, ou vem revolucionando, todo o sistema produtivo, com reflexos profundos na vida social.

A tributação desse produto revolucionário e altamente volátil revela-se hesitante, não somente no Brasil, mas em todo o mundo, em razão de suas próprias configurações, que não encontram, no arcabouço jurídico-tributário das nações, institutos consagrados em que possa ser enquadrado para efeito tributário. Isso decorre de duas razões principais: uma, o próprio produto *software* e outra, referente às suas formas de comercialização.

O *software* pode ser entendido como o conjunto de instruções armazenado em algum meio físico (disco, DVD, disquete etc) que, instalado em uma máquina (computador), coloca-a em funcionamento para realizar determinadas tarefas. É um produto altamente versátil que encontra aplicação em praticamente todos os ramos da atividade humana.

Por essas suas características, no Brasil o *software* é considerado um direito e protegido pelas regras que protegem os direitos do autor. Isso quer dizer que juridicamente o *software* é um bem incorpóreo (ou imaterial), fruto da inventividade humana, devendo receber tratamento equivalente ao dispensado às obras de arte, como determina a Lei nº 9.609, de 19/02/1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual do programa de computador:

“Art. 2º - O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei”.

Quanto ao uso do programa de computador no País, será objeto de contrato de licença, como dispõe o art. 9º da citada Lei. Assim, o programa de computador no Brasil é direito protegido pelas leis referentes à propriedade intelectual e a sua utilização é permitida por meio de contrato de licença.

3.2 - **Royalties** - O *royalty* é conceitualmente fenômeno surgido no mundo econômico. Trata-se de uma forma de remuneração recebida pelo autor de obra intelectual ou possuidor de bens decorrentes dos direitos de exploração, uso ou fruição sobre obras ou direitos concedidos a terceiro.

A legislação nacional que define o termo está em consonância com esse entendimento. Isso é o que se depreende da norma legal que aborda a matéria, o art. 22 da Lei nº 4.506, de 30/11/1964, abaixo transcrito:

“Art. 22. Serão classificadas como royalties os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos, tais como:

- a) direito de colher ou extrair recursos vegetais, inclusive florestais;
- b) direito de pesquisar e extrair recursos minerais;
- c) uso ou exploração de invenções, processos e fórmulas de fabricação e de marcas de indústria e comércio;
- d) exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criação do bem ou obra.

Tendo em vista que o *software* é protegido pela legislação dos direitos autorais (item d), não resta dúvida que somente será classificada como *royalty* a remessa realizada pelo detentor dos direitos de comercialização do *software*. A remessa feita pelo usuário para o autor do *software* não se caracteriza, portanto, como operação que envolva *royalty*.

3.3 - **Tecnologia** - A tecnologia pode ser entendida, do ponto de vista econômico, como o conjunto de informações, escritas ou não, que se prestem a um fim empresarial. Na definição de Fisseha-Tsion Menghiston, *significa e consiste de informações técnicas gerais e especializadas, conhecimentos, know-how, habilidades e experiências corporificadas em pessoas, documentos ou equipamentos,*

*com aplicação em todos os setores formais e informais da economia para a produção de bens e prestação de serviços, dos mais simples aos mais complexos, bem como para (propiciar) o desenvolvimento (econômico) como um todo*¹².

Leonardos chama a atenção para o fato de que o regime jurídico da tecnologia deve levar em consideração o aspecto da exclusividade da exploração, que goze o detentor dos direitos sobre a ela. A exclusividade significa dizer que a tecnologia não está em domínio público ou não é de conhecimento de terceiros.

Não é outro o sentido das disposições da Lei nº 9.609/98, que estabelece as condições para que ocorra a transferência de tecnologia dos programas de computador:

“Art. 11. Nos casos de transferência de tecnologia de programa de computador, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial fará o registro dos respectivos contratos, para que produzam efeitos em relação a terceiros. Parágrafo único. Para o registro de que trata este artigo, é obrigatória a entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia.”

Como se observa, a necessidade de interferência do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é justamente para atestar que se trata de algo que não é de domínio público e que ocorre, portanto, transferência de tecnologia.

IV - Duas visões do perfil constitucional da CIDE

4.1 - Perfil da CIDE, na visão de Gandra - Para o jurista Ives Gandra da Silva Martins, o critério finalístico necessário à instituição de uma CIDE tem que estar dentro do delineamento traçado pelas disposições do art. 174 da Constituição, cujo teor repete-se a seguir: *“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”*.

Para o autor, de imediato pode-se afastar a hipótese de fiscalização e incentivo. Assim, a função planejamento é a única referência constitucional capaz de oferecer sustentação para a colocação de uma CIDE no cenário tributário brasileiro. Por esse ponto de vista, o planejamento está restrito ao papel da atividade estatal

que tem o dever de zelar pelo funcionamento adequado dos mecanismos de mercado, numa economia cujo principal ator é a livre iniciativa. Seria então justificada sua intervenção somente para sanar descompassos que estão obliterando o adequado funcionamento do mercado.

Segundo Gandra, a finalidade da CIDE atém-se somente a objetivos saneadores decorrentes de disfunções no mercado que necessitam da intervenção estatal para operar em toda a sua potencialidade; vale dizer, sem a necessidade de interferência do Estado. Deve, portanto, a CIDE somente ser instituída em casos excepcionalíssimos e obrigatoriamente com prazo de vigência definido e necessariamente curto, além de não ser obrigatório para o setor privado, mas unicamente *indicativo*. Nas palavras do autor¹³ :

“Como se percebe, sendo a contribuição de intervenção no domínio econômico instrumento de planejamento econômico, à nitidez, não pode ser utilizada de forma determinante para o setor privado e, principalmente, para segmentos que não estejam desregulados, descompassados ou vivenciando evidente crise de competitividade ou de subsistência. Sendo um instrumento interventivo, apenas pode ser adotado excepcionalmente e quando detectado desequilíbrio de mercado, que deva ser superado. Caso contrário, a contribuição conformaria uma forma de planejamento determinante para o setor privado, o que vale dizer, se tornaria um tributo maculador da lei suprema”.

Apesar de o autor, no texto que serve de base este trabalho, não fazer referência à *CIDE-tecnologia*, ela já havia sido criada há mais de um ano da data da publicação da obra citada. Se ela, portanto, tivesse alguma característica que modificasse sua opinião, ele poderia manifestá-la, o que não foi feito. As questões relativas à área de atuação e à vinculação, embora necessárias à conformação de uma CIDE, nessa interpretação, não são sequer mencionadas, tendo em vista a importância quase total do critério “planejamento”, que torna sua instituição um fato necessariamente raro.

4.2 - Perfil constitucional da CIDE, na visão de Greco - Ao contrário da visão de Gandra, a de Greco permite uma postura mais intervencionista do papel do Estado não somente na economia mas em muitas outras áreas. Para Greco, o domínio econômico, a que se refere o art. 149/CF, deve ser buscado sim no capítulo da Ordem Econômica, mas no sentido de lócus onde será efetuada a intervenção. Isso quer dizer que a finalidade de instituição de uma CIDE não deve ser buscada

somente na ordem econômica, mas em qualquer outro setor de atuação humana, desde que, exista disposição constitucional que preveja tal intervenção, seja por meio de estímulo ou inibição a determinados comportamentos.

Depreende-se, pois, que a ordem econômica baliza e determina a área da intervenção, mas a finalidade da intervenção pode estar tanto na ordem econômica como em qualquer outro dispositivo constitucional. Exemplo disso é a própria *CIDE–tecnologia* que, embora incidente sobre um setor econômico, sua finalidade é determinada pelos dispositivos constitucionais da ordem social, como será abordado adiante.

Por esse prisma, para Greco, a instituição da *CIDE–tecnologia* pela Lei nº 10.168, de 29/12/2000, cujos arts. 1º e 2º atendem perfeitamente ao requisito constitucional do art. 149:

“Art. 1º - Fica instituído o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.

Art. 2º - Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior”.

A análise de Greco, tanto quanto a da exposição de motivos que encaminhou o projeto de lei referente à *CIDE–tecnologia*, parte do princípio de que o suporte constitucional para a validade dos artigos acima transcritos, e que dão consistência sistemática para sua instituição, localiza-se precisamente nos arts. 218 e 219 da Constituição, que fazem parte da ordem social, os quais determinam:

“Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico,

o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

Assim, para Greco, a finalidade da CIDE, de que trata a Lei nº 10.168/2000, está devidamente explicitada e é a de “*estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro*”. O requisito finalístico está com seus pressupostos atendidos, na medida em que tal objetivo está previsto em norma constitucional – o art. 218 transcrito. Os fins estão, portanto, perfeitamente determinados, abrindo-se caminho para se completar o quadro de sua validade.

Os meios estão também fixados no mesmo art. 1º da Lei nº 10.168/2000, qual seja o de que os fins pretendidos serão alcançados “*mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo*”. A *CIDE–tecnologia* é o instrumento de financiamento da intervenção estatal para esse fim específico.

Desta forma, a CIDE instituída pela Lei nº 10.168/2000, visa, em última instância, o desenvolvimento tecnológico do País. Ela é a fonte de recursos que supre o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), segundo o art. 4º da mesma lei, que por sua vez financia o programa de “*Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio da Inovação*”, que tem justamente como escopo incentivar o desenvolvimento entrópico de conhecimento e inovação tecnológica.

Por essa linha de pensamento, a *CIDE–tecnologia* encontra o seu *telos* nos dispositivos da ordem social da Constituição, cuja finalidade é o desenvolvimento tecnológico do País, objetivo ali prescrito. Sua instituição é possível em uma economia de livre mercado e iniciativa em razão de que as disposições da ordem econômica devem compatibilizar-se com preceitos de outras disposições constitucionais, notadamente as da ordem social, o eixo sobre o qual se construiu a Constituição de 1988.

Enquanto a interpretação de Gandra limita a intervenção estatal no domínio econômico tendo *motivação econômica*, a interpretação de Greco admite a intervenção no domínio econômico dispondo de *motivação extra-econômica*. Em termos de embasamento conceitual, a visão do primeiro representa um dos pilares básicos do pensamento neoliberal que preceitua a interferência mínima do Estado. Admite-se, sim, mas como mecanismo de proteção da própria economia de mercado. Para Gandra, a economia é o lócus e as razões econômicas são sua finalidade. Por isso, a CIDE deve ter tempo breve de existência e se justifica somente em casos excepcionais.

Quanto à análise de Greco, percebe-se nitidamente o seu engajamento no contexto de um Estado interventor, para atender demandas outras que não as de natureza econômica. Além do que, a própria exposição de motivos que encaminhou o projeto de lei referente à *CIDE-tecnologia*, como já foi referido, diz literalmente que o encaminhamento é para atender as disposições do art. 218 da Constituição.

Para Greco, no entanto, essa sistematização não é suficiente para validar a *CIDE-tecnologia*¹⁴. Outras considerações devem estar presentes, juntamente com a finalidade, principalmente quanto à área de atuação e quanto à vinculação.

A área da atuação, como já visto, refere-se ao setor econômico que deve estar perfeitamente delimitado. No caso da *CIDE-tecnologia*, instituída pela Lei nº 10.168/2000, segundo Greco, o setor econômico encontra-se devidamente delimitado, compreendendo a universidade, o setor produtivo e os centros de pesquisa.

Com relação ao destino dos recursos, que devem ir para o setor de desenvolvimento tecnológico, tendo em vista o sentido finalístico da contribuição, todo o montante da arrecadação de uma CIDE deve ser destinado ao setor que justificou a intervenção. Resta claro que qualquer CIDE com destinação genérica não encontra respaldo constitucional. Para Greco, como referido, a *CIDE-tecnologia* tem dupla finalidade: ela mesma é o objeto da intervenção, na medida em que onera a aquisição de tecnologia estrangeira, induzindo o desenvolvimento tecnológico interno, um objetivo extra-fiscal. O outro objetivo, o fiscal, determina que todo o produto da arrecadação será destinado à pesquisa.

Quanto aos contribuintes da CIDE, somente o serão os sujeitos que façam parte do setor econômico em que está ocorrendo a intervenção. Em suma, o contribuinte tem de estar obrigatoriamente vinculado ao fim que gerou a sua necessidade. Nesse caso, a tecnologia. Não se admite, portanto, contribuinte sem qualquer relação com a atividade; por exemplo, ser contribuinte de CIDE instituída para financiar a produção cinematográfica, pessoa que não vai ao cinema.

Sob esse aspecto, segundo a inteligência de Greco, a *CIDE-tecnologia* está devidamente enquadrada no critério de validade da vinculação, pois os contribuintes são personagens participantes do setor econômico sob intervenção. No caso, o contribuinte que contrata o *software* de empresa sediada no exterior em que ocorre transferência de tecnologia.

A conjugação de todos esses aspectos atribui à *CIDE-tecnologia* plenos critérios de validade sendo sua instituição e cobrança constitucionais. Essa é a interpretação de Greco¹⁵.

V - Críticas às posições doutrinárias de Greco

O primeiro ponto a ser abordado diz respeito ao tipo de vínculo existente entre o contribuinte e a atividade a ser incentivada. Nesse aspecto, entra em questão o caráter instrumental da CIDE, no sentido de que ela, em si mesma, pode ser o instrumento da intervenção e, também, o fim pode ser a arrecadação para aplicação específica. Assim, por exemplo, a CIDE cobrada para organizar determinado setor econômico, é exemplo do segundo caso. Como pode haver CIDE em que ela mesma seja capaz de conduzir os agentes econômicos a mudanças de comportamento julgadas necessárias quando se a instituiu. Nesse, ela tem *objetivo extrafiscal*; naquele, tem *objetivo fiscal*.

Com relação ao primeiro caso, em que a própria CIDE é a intervenção, podem ocorrer tanto medidas que incentivem os agentes econômicos a adotar o comportamento esperado, como, em sentido contrário, CIDE com objetivo de inibir comportamento que se considera prejudicial ao interesse finalístico de suporte para sua existência. Nesse caso, poder-se-ia ter contribuinte que, embora vinculado ao setor, não seja seu beneficiário; pode até mesmo estar prejudicada a sua própria existência na condição de agente econômico.

A questão seria colocada nos seguintes termos: pode existir CIDE em que o contribuinte não seja beneficiário de sua existência e ocorrer até mesmo ela ser prejudicial aos seus negócios? A pergunta vem a propósito de que a *CIDE-tecnologia* incidente sobre as remessas relativas ao *software* proporciona possibilidade de ocorrência de situações dessa natureza.

Em tal sentido, os sujeitos vinculados à *CIDE-tecnologia* em operações que envolvam *software* podem ser de dois tipos. Em primeiro lugar, o empresário nacional usuário da tecnologia que contrata diretamente com empresa sediada no exterior. Como assinalado, haverá a incidência da CIDE desde que o *software* adquirido comporte a transferência de tecnologia, que é o critério finalístico, a própria razão de ser da *CIDE-tecnologia*.

Em segundo lugar, o empresário nacional pode contratar internamente o detentor dos direitos de comercialização de um *software* cujo proprietário dos direitos autorais seja domiciliado no exterior. Essas são as operações mais comuns nesse mercado. A remessa efetuada pelo detentor dos direitos de comercialização, ao criador do *software*, é típico pagamento por meio de *royalty*. Havendo transferência de tecnologia, nas condições aqui especificadas, forma-se o quadro necessário para a incidência da CIDE.

Note-se que, no segundo caso, o contribuinte não é o empresário-usuário da CIDE, mas sim o intermediário-remetente detentor dos direitos de comercializa-

ção. Sem dúvida, ele está vinculado aos negócios que envolvem o *software*, mas percebe-se que de forma diversa da que normalmente ocorre, na medida em que a CIDE que ele recolhe não lhe proporciona qualquer benefício, nem mesmo futuro. Pelo contrário, ela lhe é de todo prejudicial e pode até alijá-lo do mercado. Isso está em consonância com o desenvolvimento tecnológico do país, se considerada a interpretação constitucional praticada por Greco; haja vista que os argumentos que justificam a *CIDE-tecnologia* vinculam-na ao desenvolvimento tecnológico interno e à característica extrafiscal.

Essa orientação, entretanto, não é aceita por outros doutrinadores, que identificam a contribuição como necessariamente relacionada a algum benefício ao contribuinte. Conforme Sacha Calmon e Moreira¹⁶, a correlação entre contribuinte e beneficiário é determinante, como se depreende do texto abaixo:

“No que tange às contribuições de intervenção no domínio econômico, tema que ora nos toca, o sobreesforço estatal consiste na existência de uma correlação lógica entre os pagantes da contribuição e os benefícios por ela trazidos. Ou seja: a intervenção estatal deve, necessariamente, beneficiar os contribuintes da exação de modo direto. Para tanto, a análise do dispositivo legal que as institui – de modo a determinar se os recursos obtidos serão efetivamente voltados ao benefício da classe contribuinte – é de fundamental importância para aferição de sua constitucionalidade”.

Não é suficiente a simples vinculação para justificar a CIDE. A vinculação precisa ser benéfica ao contribuinte. No caso da *CIDE-tecnologia*, que diga respeito a *royalties*, seu contribuinte, o detentor dos direitos de comercialização, nem de longe poderá ser beneficiado por ela, nem mesmo no futuro, pois o desenvolvimento tecnológico interno tende a prejudicar os seus negócios – a importação de *software* com conteúdo tecnológico inovador.

Também estão a favor de visão por esse ângulo Souza e Ferraz Júnior¹⁷. Analisando a *Contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica – Condecine*, instituída pela Medida Provisória nº 2.228-1/2001, os autores apontam que ela satisfaz importante critério constitucional: o de promover a indústria cinematográfica nacional, sob o argumento de que o setor não pode se desenvolver baseando-se unicamente nas forças de mercado. Portanto, o Estado exerce o papel que o Texto Maior lhe atribui, no art. 174, de regulador e normatizador da economia.

Para os autores, o requisito constitucional do binômio contribuinte-benefício não está sendo atendido, pois a Condecine também é cobrada do produtor/distribuidor estrangeiro, que não é membro do grupo econômico da indústria cinematográfica nacional e não terá qualquer benefício da aplicação dos recursos para o desenvolvimento do referido setor econômico.

Tal grupo de doutrinadores parece entender que qualquer tipo de contribuição, até mesmo para atendimento à raiz etimológica do termo “contribuição”, é que, para ter validade constitucional, não prescinde do benefício que necessariamente terá que conferir ao contribuinte. Assim, somente a vinculação entre contribuinte e benefício confere a validação constitucional.

Outra avaliação doutrinária contrária à de Greco diz respeito ao requisito da área de atuação. Como assinalado, a *CIDE-tecnologia* tem como campo de atuação o conjunto formado pelo empresariado nacional, as instituições de pesquisa e as universidades para, cooperativamente, realizarem pesquisas na área do desenvolvimento tecnológico, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.168/00.

Esse tópico comporta duas intervenções críticas, conforme análise de Ferraz Jr. e Souza¹⁸. A primeira afirma que a *CIDE-tecnologia* não se caracteriza como uma intervenção no domínio econômico. Na palavra dos autores:

“De fato, da leitura do art. 1º da Lei em comento (a lei nº 10168/00) verifica-se que o que se estimula, imediatamente, é a pesquisa tecnológica desenvolvida por universidades e centros de pesquisa (fim: estímulo ao desenvolvimento tecnológico; meio: cooperação entre universidades e centros de pesquisa, de um lado, e setor produtivo de outro). Ora, a pesquisa, objeto de cooperação, insere-se nas atividades das universidades, submetidas “ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”, o mesmo ocorrendo em relação às instituições de pesquisa e tecnológicas, como se vê do expressamente disposto no art. 207 e seu § 2º, b, da Constituição. A atividade de ensino e pesquisa é atividade social, que integra o patrimônio educacional (art. 205/CF), cultural (art. 216, III), científico tecnológico do país (art. 218, 219/CF)”.

Assim, no entender dos autores referidos, a *CIDE-tecnologia* não se destina à intervenção no domínio econômico e em atividades econômicas, mas sim à intervenção na área social e em atividades de cunho social. Os autores aludem ao destino do produto da arrecadação, que deve ser para o domínio econômico e não o social. Com efeito, as atividades de pesquisa se inserem no contexto das tarefas

educacionais, que fazem parte da ordem social, para as quais são destinadas 18% da receita anual de impostos, a teor do art. 212 da Constituição.

Viu-se que, na concepção de Greco, a finalidade da *CIDE-tecnologia* se funda no art. 218 e 219 da ordem social, mas a sua existência material realiza-se no domínio econômico e não no social. As atividades de pesquisa não pertencem a esse setor. Pode-se concluir então que a finalidade fiscal da *CIDE-tecnologia* não está dentro dos parâmetros de validade constitucional, segundo esses autores.

VI - A *CIDE-tecnologia* no entendimento da administração tributária

Como assinalado anteriormente, a instituição da CIDE baseou-se na combinação do artigo 149 com os arts. 218 e 219 da Constituição Federal, para proporcionar recursos ao desenvolvimento tecnológico do País. Os fatos econômicos eleitos para compor a base de cálculo da Contribuição foram fixados pelo art. 2º da Lei nº 10.168/2000.

Por sua vez, por meio da lei nº 10.332, de 19/12/2001, novos contribuintes foram acrescentados com a introdução de um segundo parágrafo ao art. 2º da Lei nº 10.168, com o seguinte teor:

“§ 2º. A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o caput deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem royalties, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior”.

Por seu turno, o art. 10 do Decreto nº 4.195/2002, que veio regulamentar as leis acima referidas, refere-se aos contribuintes da *CIDE-tecnologia* nos seguintes termos:

“Art. 10. A contribuição de que trata o art. 2º da Lei nº 10.168, de 2000, incidirá sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior; a título de royalties ou remuneração, previstos nos respectivos contratos, que tenham por objeto:

I - fornecimento de tecnologia;

II - prestação de assistência técnica:

a) serviços de assistência técnica;

b) serviços técnicos especializados;

III - serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes;

IV - cessão e licença de uso de marcas; e

V - cessão e licença de exploração de patentes”.

Analisando cronologicamente os textos acima, percebe-se claramente a ampliação do número de contribuintes da *CIDE-tecnologia*. A partir de janeiro de 2002, sobre as remessas relativas à prestação de serviços técnicos e assemelhados também deve incidir a CIDE, bem assim sobre os *royalties a qualquer título*. Com base nessa nova legislação tem-se cobrado CIDE de todas as remessas que envolvam os serviços especificados e os *royalties* de qualquer natureza.

Essa prática vem sendo contestada por todos os doutrinadores, independentemente de posição doutrinária, notadamente por Greco. A crítica resume-se em dois pontos principais, todos a ver com os critérios de validade constitucional abordados. O primeiro refere-se ao critério da *área de atuação*. A CIDE foi estendida para todas as remessas, independentemente da apreciação do setor econômico, o que é flagrantemente inconstitucional para todos os analistas.

A segunda crítica diz respeito ao critério finalístico da CIDE, que é o desenvolvimento tecnológico. Pela prática da administração tributária, esse critério é amplamente ignorado, e a CIDE então incide sobre todas as remessas. No caso da *CIDE-tecnologia* relativa a *software*, não se exige a entrega do código fonte e todos os demais requisitos que torne o adquirente conhecedor da tecnologia, nos termos anteriormente especificados. Em não havendo a transferência de tecnologia, não está atendido, portanto, o critério finalístico. Não é CIDE; é imposto, segundo a maior parte dos doutrinadores.

O requisito da transferência de tecnologia é fundamental, do ponto de vista da lógica conceitual, para a estruturação jurídica da *CIDE-tecnologia*. É ele que vincula, com já foi assinalado, os artigos 218 e 219 da ordem social ao art. 149, da ordem tributária e aos 170 e 175, da ordem econômica. Sem ele, desfaz-se o amálgama utilizado pelos doutrinadores partidários de uma visão sistemática e abrangente da Constituição de 1988 para moldar a economia de mercado aos interesses sociais e estratégicos da nação.

Ressalte-se também que a expressão *royalties* a qualquer título, da Lei nº 10.168/2000, permite a tributação pela *CIDE-tecnologia* de uma operação em que, por exemplo, uma pessoa domiciliada no exterior receba *royalties* relativos a uma

mina que por acaso possua no Brasil, explorada por terceiro, nos termos do art. 22 da Lei nº 4.506/63. Isso nada tem a ver com tecnologia nem com sua transferência. Não pode haver CIDE, como afirma Greco e praticamente todos os doutrinadores, mesmo os mais favoráveis à instituição de CIDE.

Por seu turno, a interpretação dada pela administração tributária aos dispositivos criados pelo executivo federal merece consideráveis reparos por parte desses analistas. Deve ser lembrado que a expressão *royalties a qualquer título* foi introduzida pelo novo § 2º ao art. 2º da Lei nº 10.168/00, pela Lei nº 10.332/2001. Ocorre que o referido art. 2º não teve o seu *caput* revogado, e o teor dele não deixa dúvida de que a incidência está condicionada à aquisição de tecnologia. Como observa Greco, o conteúdo do parágrafo há que se submeter às determinações do *caput*, conforme teor da Lei Complementar nº 92/95¹⁹. O que quer dizer que todas as remessas constantes do novo art. 2º se referem à transferência de tecnologia, tal como prescrita no *caput* do artigo.

Outra observação é que o § 2º referido permite a interpretação de que a licença de uso referente ao *software* somente pode ser remunerada por meio de *royalties* - o que não seria interpretação correta, pois as licenças de uso pagas diretamente pelo usuário não são *royalties* e nem atendem à expressão de *royalties a qualquer título*. Ora, isso deixaria de fora da incidência da *CIDE-tecnologia* todas as remessas efetuadas pelo contribuinte usuário final, pois elas, pela sua natureza, não são *royalties*. Com a regulamentação dada pelo art. 10 do Decreto nº 4.195/2002, esse problema foi sanado, pois as remessas referem-se a *royalties* ou *remuneração*, apesar de o texto sugerir que são aspectos distintos, o que não é verdade uma vez que *royalty* é espécie do gênero remuneração.

Do exame do teor do art. 10 do Decreto nº 4.195/2002, pode-se concluir também que, no caso de *software*, somente incidirá a CIDE sobre remessas que impliquem transferência de tecnologia. O seu inciso I é o único entre os demais incisos em que se pode enquadrar a aquisição, no exterior, de um *software*. Tal operação não se encaixa como prestação de serviço de assistência técnica (inciso I), como serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes (inciso II), como cessão e licença de uso de marcas (inciso IV) e nem como cessão e licença de exploração de patentes (inciso V).

Apesar disso, a prática da administração tributária continua sendo a de fazer incidir a CIDE, sem quaisquer restrições. Assim, defende-se o entendimento de que o art. 10 do Decreto nº 4.195/2002 é irregular justamente por que “*restringe o alcance determinado pela Lei nº 10.332/2001*”. Sendo norma hierarquicamente superior, há que prevalecer o que consta na lei.

Outro problema, com relação à institucionalização da *CIDE-tecnologia*, é o de que ela entrou em vigor na mesma data em que passou a vigorar a redução da alíquota do imposto de renda na fonte de, 25% para 15%, incidente sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas ao exterior a título de remuneração de serviços técnicos e de assistência técnica, conforme disposto na Medida Provisória nº 2.062-60. Essa mesma MP aumentou o imposto de renda sobre os *royalties*, de 15% para 25%, condicionando sua redução à aprovação da instituição da *CIDE-tecnologia*. Segundo Calmon e Moreira²⁰, essa “coincidência” é só a demonstração de que o Governo sempre viu a contribuição como fonte geral de recursos (imposto), não estando preocupado com seus critérios de validade. Note-se ainda que a redução agride o pacto federativo, pois parte do imposto de renda, que foi diminuído, é repartido com estados e municípios, nos termos do art. 159 da Constituição.

VII – *CIDE-tecnologia* no entendimento de tribunais nacionais

Decisões dos tribunais brasileiros têm endossado o entendimento praticado pela administração fiscal federal. Questões como a destinação dos recursos ou a transferência de tecnologia não vêm se revelando referência obrigatória para garantir a constitucionalidade da *CIDE-tecnologia*. Tome-se como exemplo o julgado da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região (SP), sobre o Agravo de Instrumento nº 164954, que negou o agravo regimental, cuja ementa assim se refere à necessidade de transferência de tecnologia:

*“5. Legitimidade da incidência de contribuição, independentemente de estar comprovada a existência ou não de transferência de tecnologia, em sentido estrito, mesmo porque as hipóteses descritas na lei abarcam situações em que Lei é presumida”.*²¹

Por sua vez, a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Quinta Região (PE), apreciando a Apelação em Mandado de Segurança nº 86693, sobre remessas de *royalties*, em decisão unânime, decidiu julgar improvida a apelação. Confira-se a ementa:

“Constitucional e Tributário. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre remessas de royalties (lei nº 10.668-03). Desnecessidade de Lei Complementar para sua instituição. Adequação ao princípio

*isonômico. Conteúdo finalístico que não exige a destinação específica da arrecadação. Irrelevância da apuração dos resultados quanto aos contribuintes. Caracterização que corresponde ao modelo constitucional. Precedentes do Supremo Tribunal. Apelação improvida”.*²²

Como se percebe, ambas as decisões não consideram as questões de vinculação, seja de contribuintes ou de arrecadação e a própria transferência de tecnologia como fundamentais à constitucionalidade da CIDE. Por esse prisma, a política fiscal praticada pela União está compatível com o conjunto de normas que estruturam a CIDE, não somente compatível mas suficiente para lhe garantir validade constitucional.

Conclusão

No artigo foram apresentadas duas visões-base sobre os critérios de validade constitucional da CIDE. A primeira delas, perfilada pelo doutrinador Ives Gandra da Silva Martins, entende a CIDE com função limitada, somente admissível como instrumento de planejamento econômico e com o objetivo de fazer o mercado funcionar adequadamente numa economia centrada na livre iniciativa. É esse o seu entendimento dos parâmetros constitucionais balizadores da CIDE.

Em outro sentido, foi exposta a visão do jurista Marco Aurélio Greco, para quem a instituição de CIDE é sobre domínio econômico, sem objetivos econômicos, mas sociais. Por isso, a contribuição em tela tem o objetivo de financiar programa que objetive tornar o Brasil autônomo, no desenvolvimento de tecnologia. Entretanto, a CIDE somente pode alcançar as remessas que envolvam transferência de tecnologia. Ou seja, o domínio econômico sobre o qual incidirá a CIDE deve ser afeito à tecnologia. E a CIDE, na forma da Lei nº 10.168/2000, somente poderá incidir sobre as remessas que digam respeito à transferência de tecnologia. Fora desse parâmetro, a par de outros existirem, é cobrança inconstitucional.

No rastro do entendimento de Greco, foram apresentadas interpretações de outros juristas que, embora aceitem muitas das posições por ele expressas, discordam igualmente de outras. Alguns não admitem a existência de contribuição que não vincule o contribuinte a benefício que lhe seja dispensado. Portanto, não basta que o contribuinte de CIDE seja participante do mercado: há que também ser beneficiário.

Para outro conjunto de analistas, o setor de pesquisa a que se refere a Lei nº 10.168/2000 não é o econômico, imprescindível à validade de uma CIDE, mas ramo da esfera educacional, vinculado à ordem social, devendo ser balizado pelas diretrizes sociais da Constituição, e não as econômicas.

Outros juristas afirmam que a CIDE necessita ser definida por lei complementar. Somente assim seus contornos podem ser perfeitamente avaliados e os seus enquadramentos observados. A lei complementar daria a concretude necessária, diminuindo a importância que vem sendo atribuída às mais variadas interpretações constitucionais, que desqualificam a sua natureza.

Apesar de todos esses entendimentos, a administração fiscal federal vem cobrando a *CIDE-tecnologia* sem observar os pressupostos levantados por ampla gama de doutrinadores. Nem mesmo o que se refere à transferência de tecnologia vem sendo observado. Em sendo assim, a *CIDE-tecnologia* seria inconstitucional para a totalidade dos juristas referidos. Em que pese tal situação, a política fiscal com relação à *CIDE-tecnologia* vem sendo referendada pelas decisões dos tribunais brasileiros, que não atribuem aos critérios de validade examinados a importância dispensada pelos doutrinadores.

Ao que parece a situação está consolidada em tal sentido. Talvez, também, em razão da acomodação governamental em promover a criação de novas contribuições ou incrementar as existentes. Por esse ponto de vista, pode ser que a continuidade dessa cobrança prenda-se mais aos seus aspectos políticos do que propriamente à sua validade jurídica.

Notas

¹ Assim se refere à CIDE Marco Aurélio Greco, *In: Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico – uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética. 2001.

² SKAFF, Fernando Facury. *Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda geração*. *In: “Contribuições sociais de intervenção no domínio econômico”*. Ives Gandra da Silva Martins (coord). Op. cit., p. 398.

³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Ed. Dialética. 2002.

⁴ SOUZA, Fátima e PAVAN, Cláudia. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. *In: Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Ives Gandra da Silva Martins (coord). Op. cit., p. 109: “*Nem se diga que a desnecessidade de lei complementar já teria sido reconhecida pelo STF ao julgar constitucional a contribuição social sobre o lucro instituída por lei ordinária. O fundamento daquela decisão, ressaltado pelo Min. Moreira Alves, foi o fato de já existir no texto supremo, explicitação suficiente quanto às linhas gerais do tributo – o que nem de longe ocorre com as contribuições de intervenção*”.

⁵ PIMENTA. Op. cit., p. 22.

⁶ Idem, *ibidem*.

⁷ Os parágrafos e incisos desse artigo foram introduzidos pelas Emendas Constitucionais nº 33, de 2001, nº 41 e 42, de 2003.

⁸ FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Ed. Atlas. 1994. 2ª ed., p. 289.

⁹ GRECO. Op. cit., p. 16.

¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹ Idem, ibidem.

¹² LEONARDOS, Gabriel Francisco. *Tributação da transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2001, p. 67.

¹³ GANDRA. Op. cit., p. 45.

¹⁴ Embora esses critérios de referibilidade sejam essenciais, Greco chegou a enumerar 21 parâmetros necessários para se criar uma CIDE, todos, de certo modo, vinculados aos critérios aqui abordados. In: Contribuição de intervenção no domínio econômico – parâmetros para sua criação. In: *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. Marco Aurélio Grecco (org). São Paulo: Ed. Dialética. 2001.

¹⁵ Grecco não concorda com algumas mudanças na Lei nº 10.168/00 introduzidas a partir de 2001 que alteraram critérios importantes de validade, que ele tem criticado veementemente. As críticas se referem principalmente a atitude do fisco de cobrar CIDE de qualquer transferência que envolva royalties e não somente daquelas em que haja transferência de tecnologia. Esse assunto será analisado adiante.

¹⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro e MOREIRA, André Mendes. *A inconstitucionalidade da contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre remessa ao exterior – CIDE Royalties*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 89. São Paulo: Ed. Dialética: 2003.

¹⁷ SOUZA, Hamilton Dias de e FERRAZ Jr. Op. cit., p. 101.

¹⁸ SOUZA e FERRAZ Jr. Op. cit., p. 102.

¹⁹ GRECCO. Op. cit.

²⁰ Op.cit., p. 77.

²¹ BRASIL. TRF3. AI nº 164954, DJU de 28/03/2003, p. 927.

²² BRASIL. TRF5. AMS nº 86693, DJU de 15/11/2004, p. 999.

Referências Bibliográficas

COELHO, Sacha Calmon Navarro e MOREIRA, André Mendes. *A inconstitucionalidade da contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre remessa ao exterior – CIDE Royalties*. In:

Revista Dialética de Direito Tributário nº 89. São Paulo: Ed. Dialética: 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <www.planalto.com.br>. Acesso em 15.05.2006.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio e SOUZA, Hamilton Dias de. *Contribuição de intervenção no domínio econômico e a Federação*. In: *Contribuição de intervenção no domínio econômico*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Ed. Atlas. 1994. 2ª ed., p. 289.

GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuição de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil. 2003.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico – uma figura sui generis*. São Paulo: Ed. Dialética. 2001.

_____. *Contribuição de Intervenção no domínio econômico sobre “royalties”*. In: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 99. São Paulo: Ed. Dialética. Dez/2003.

_____. *Contribuição de intervenção no domínio econômico – parâmetros para sua intervenção*. In: *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. GRECO, Marco Aurélio (coord). São Paulo: Ed. Dialética. 2001.

LEONARDOS, Gabriel Francisco. *Tributação da transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Contribuição de intervenção no domínio econômico*. In: *Contribuição de intervenção no domínio econômico*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuição de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Ed. Dialética. 2002.

SKAFF, Fernando Facury. *Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda geração*. In: *Contribuição de intervenção no domínio econômico*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002.

SOUZA, Fátima e PAVAN, Cláudia. *Contribuição de intervenção no domínio econômico*. In: *Contribuição de intervenção no domínio econômico*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002.

Resumo

O texto apresenta diversas abordagens da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, incidente sobre remessas ao exterior de que trata a Lei nº 10.168/2000, conhecida como *CIDE–tecnologia*. As abordagens dizem respeito aos critérios de validade constitucional dessa figura tributária, necessários à sua aceitação no sistema tributário nacional. Há posições doutrinárias amplamente divergentes. Todas elas apontam para a inconstitucionalidade de sua cobrança, como vem sendo operada pela administração tributária federal. Entretanto, decisões de tribunais nacionais têm corroborado sua cobrança, apesar da crítica dos doutrinadores.

Palavras-chave: CIDE – Tributação – Tecnologia – Sistema tributário – Remessas – Contribuição - Imposto.

Abstract

The text focuses on several approaches to the Intervention on Economic Domain Tax – CIDE that applies to financial transfers envisaged in the Law 10.168 of 2.000, also known as *CIDE – Technology*. Such approaches deal with the criteria of constitutional validity of such tax, a basic requirement to its full acceptance in the national tax system. There are wide diverging doctrinaire views in this regard. However, all of them sustain that, as presently operated by the federal tax authorities, the recollection of that tax is unconstitutional. At the same time, decisions by national courts have supported its recollection, in spite of the criticism of law doctrinaires.

Key words: CIDE – Taxation – Technology - Tax system – Transfers - Taxes.

Resumen

El texto trata de las distintas abordagens al Impuesto sobre Intervención en el Dominio Económico (CIDE), que aplicase a las remesas al exterior de que trata la Ley 10.168 del año 2000, también conocida como *CIDE–Tecnología*. Dichas abordagens tratan del criterio de validez constitucional de dicho impuesto, un supuesto básico de su aceptación en el sistema tributario nacional. Existen visiones divergentes sobre el tema. Sin embargo, todas sostienen que su aplicación, como la

vienen operando las autoridades fiscales federales es considerada inconstitucional. Así mismo, decisiones de tribunales nacionales han corroborado su aplicación, a pesar del criticismo de los doctrinadores.

Palabras clave: CIDE – Impuestos – Tecnología - Sistema tributario – Remesas - Tasas.

Antonio Carlos Fontes Cintra

Defensor Público no Distrito Federal - Mestre pela UMESP. Professor da UPIS.

A crise do terror sob a ótica jurnaturalista em Miguel Reale

Introdução

O tema do direito natural tem se tornado uma constante dos debates e reflexões jurídicas. Observam-se ao longo da história sentimentos de elevada estima para com tal corrente, seguindo-se momentos de profunda repulsa, a ponto de parecer concepção já superada. A verdade é que o tema permanece sempre atual e inesgotável, fonte de respostas a problemas contemporâneos, alvo de elocubrações e por vezes força motriz de utopias. De um jeito ou de outro, é fator de provocações, inovações, criação científica e modificação da realidade e talvez por seu papel criativo e propulsor, por sua intrínseca dinamicidade, é que se torna tão contemporâneo apesar de tão antigo e falado. Tal doutrina nos desafia a cada novo passo, porque acompanha o homem; e novas reflexões se fazem necessárias diante de cada nova conjuntura.

Não resta dúvida de que os acontecimentos de 11 de Setembro são um marco na história da humanidade, trazendo profundas alterações no panorama social mundial. Atos de barbárie assombraram o mundo; quem assistiu às imagens, em tempo real, das torres gêmeas desabando, postou-se atônito. De outro lado do globo, tais atos assumiram feição heróica para boa parte da população islâmica, que festejava jubilosa em brados e danças pelas ruas do Oriente Médio. Os costumes e a cultura dos povos islâmicos passaram a ser amplamente estudados e relatados em toda mídia, revelando perspectivas bastante diversas dos valores presentes na civilização ocidental.

Mais de 4 anos se passaram e as repercussões de tais atos são visíveis. Intensa empreitada americana foi levada às últimas conseqüências, na tentativa de exterminar o que passou a ser chamado grande vilão da atualidade, o terrorismo, talvez o atual “mal do século”! Nesse escopo buscou-se a legitimação para a invasão do Iraque, aumentando a tensão entre povos e criando um choque de culturas e, acima de tudo, de forças, que parece não ter fim, levando ao massacre de civis e destruição da economia de toda uma nação.

Seguiram-se a explosão do trem espanhol, do metrô inglês, ceifando mais vidas. Nova fúria se levanta com as charges publicadas por jornal dinamarquês. Jornalistas têm sido alvo de seqüestros e execuções, em meio a tudo isso, as alas extremistas de discursos guerrilheiros ganham força no Oriente Médio, em especial com a vitória do Hamas.

O terrorismo é uma perspectiva de guerra, é o que passou a se chamar “*assymetric warfare*”, aceito e usado por grupos ou nações que entendem ser essa a maneira de lutar por suas causas. Condenado pelo mundo ocidental e boa parte do oriental, essa forma de luta é considerada pela ONU crime contra a humanidade. Em todo o mundo, nos últimos 25 anos, em grandes atentados, cerca de 1.900 pessoas morreram vítimas do terror. Comparada a outras catástrofes nos EUA, a “*blitzkrieg*” terrorista de 2001 representará perda e choque incalculáveis. Em Pearl Harbor, marco na história americana, morreram cerca de 2.500 americanos e, em Oklahoma, marco mais recente, 168. Só em Nova York, as perdas superaram a casa dos 10.000.

Nada na história da humanidade se compara a isso. O ataque de civis de forma brutal e ostensiva se tornou, para boa parte do mundo árabe, um meio de legítimar seus ideais de luta “pela liberdade” e por seus “direitos”.

O que motiva tais povos ao sacrifício de vidas e aos horrores da guerra nada mais é do que os valores, que de forma muito diversa, encontram-se enraizados em ambas as culturas. Quando aqui me refiro a valores, faço como o ato de valorar algo e sem ainda qualquer conteúdo axiológico ao próprio termo. Talvez neste choque de valores é que possamos encontrar a razão da aparente impossibilidade de composição da lide, do consenso ou até mesmo do bom senso.

Diante de tudo isso, como conceber um direito natural nos moldes tomistas, defendendo idéias de um jusnaturalismo transcendente à história e imanente no espírito humano, capaz de comunicar valores de forma uniforme a todo homem, dele derivando todas as normas positivas? Se for isto possível, como explicar o tratamento tão diferenciado dado às mulheres nos extremos do globo? Como compreender o mesmo ato visto como bárbaro por um lado e heróico por outro? Como conceber o espanto e o horror de alguns e o triunfo heróico de outros? Como conceber um sistema jurídico com sanções tão díspares às encontradas em nosso sistema, baseadas no que chamamos “direitos essenciais do cidadão”? Como falar-se em direitos humanos diante de expressões de total desvalor da vida humana? Como falar-se em heroísmo para uns e atitude terrorista para outros? Como se falar em defesa da paz, liberdade e democracia para uns, quando vista como afronta e desonra para outros?

Uma visão estática do direito natural nos parece verdadeiramente defasada. Uma visão extremamente culturalista, por sua vez, descaracterizaria a própria concepção jusnaturalista. Ante o exposto, as concepções do historicismo cultural e da tridimensionalidade do direito, do eminente e sempre lembrado professor Miguel Reale, nos parecem elucidativas e bem-vindas para a reflexão do tema.

1. O direito natural

Para o saudoso professor, a teoria do direito natural está sempre presente nas formulações e pensamentos das ciências jurídicas. Até mesmo nos momentos de extremo positivismo, jamais deixou de estar presente. Ainda que não seja tomado como um conjunto de princípios éticos, desvinculados da experiência jurídica, não se pode deixar de reconhecer sua validade como *problema histórico*, o qual fica como que latejando no âmago das teorias que o contestam, ou ressurge constantemente das cinzas a que seus opositores pensavam tê-lo reduzido.

Até mesmo Kelsen não nega certo espaço para o Direito Natural, quando admite que sua teoria da norma fundamental, *ultima ratio* de validade da norma positiva, pode ser considerada uma doutrina do direito natural, na direção da lógica transcendental de Kant. Assim diz o grande crítico do jusnaturalismo: “*A norma fundamental (Grundnorm) foi aqui descrita como o essencial pressuposto de qualquer conhecimento jurídico positivo. Se alguém quiser considerá-la como elemento de uma doutrina do direito natural, a despeito de sua rejeição de todo e qualquer elemento de justiça material, nem pequena objeção poderá ser oposta*”¹.

Como se tem observado, as constituições, como estatutos políticos fundamentais que são, quando se propõem a elencar direitos indeclináveis do homem, de uma forma ou de outra, se achegam aos enunciados do direito natural, principalmente no que se refere a direitos humanos². Volta assim à tona, sob novas vestes, a antiga tese de Del Vecchio, para quem os princípios gerais de direito não seriam nada mais do que princípios de direito natural, entendidos em sua validade transcendental.

A verdade é que sempre que se busca apoio em valores de validade e permanência, põe-se em relevo um ponto essencial, realçado desde Aristóteles até Cícero, e herdado por tradição relevante da civilização ocidental, de que *natura iuris ab homines repetenda est natura*. O que significa que a natureza do direito deve ser buscada no homem. Quando está em causa o problema do homem, põe-se em relevo, a indagação dos fundamentos do direito e vice-versa.

A configuração do direito natural depende do sentido do valor atribuído ao homem de *per si* e das conseqüências dessa *validade radical*, consoante a concepção de cada época histórica e da que cada comunidade tem do homem. Tal concepção, segundo as diversas escalas prioritárias de valores, variará o enfoque do direito natural. Dessa forma, seu problema se perfaz, em última análise, a um problema de antropologia, ou mais especificamente, de axiologia-antropológica³. É justamente este o cerne da problemática atual. Enquanto se percebe, em meio à civilização ocidental, uma constante valorização do homem como sujeito de direitos inerentes à sua condição humana e a conseqüente função estatal de garanti-los. Nas comunidades extremistas, o sentido da vida humana perde cada vez mais o seu valor e essa questão remonta à mais variadas discussões no campo da axiologia.

2. A axiologia e as transformações sociais

É sabido que a vida social apresenta incessante renovação de valores explicando a constante alteração da ordem jurídica positiva. Contudo, nem todos os valores estão sujeitos a variação. Há valores que têm a sua fonte imediata na própria natureza humana, sendo de tal sorte que sem estes, o *valor fim* que é a *justiça*, seria forma destituída de conteúdo. Não seria possível, por exemplo, conceber uma sociedade, sem o primado da liberdade.

Os valores que se ligam ao *valor fonte*, constituem o conteúdo próprio da justiça e, uma vez traduzidos em preceitos e incorporados ao patrimônio de uma cultura, tornam-se eles preceitos universais, comuns a todos os povos e regiões. Assim sendo, toda regra que visa a garantia ou a atualização desses preceitos fundamentais conta com o assentimento dos sujeitos. Entretanto, observamos, nas comunidades extremistas, um rumo bastante diverso quanto à objetivação dos valores. Contentar-se com uma explicação cultural não nos basta, pois seria alternativa bastante cômoda, mas totalmente distanciada do primado da justiça. Como explicar então tamanho descompasso?

Para Reale, ao lado dos preceitos gerais que denotam a “constante ética” do direito, há aqueles que correspondem às características peculiares de tempo e lugar, de acordo com o processo histórico-cultural de cada sistema. O conjunto de todos esses preceitos gerais, uns fixos e outros variáveis, é que constitui, para o mestre, o “direito natural”. Este não é uma simples coleção de princípios do justo com existência exclusivamente na razão. De acordo com Reale, se o direito natural fosse apenas um certo número de preceitos éticos apreciados em função da ordem

jurídica positiva, então estariam certos aqueles que criticam o termo “direito natural” preferindo a palavra “ética” para se evitar confusões⁴.

A crítica que se faz à concepção jusnaturalista de Miguel Reale é justamente quanto à vinculação que faz do processo cultural ao direito natural e deste com os primados da justiça, pois como bem se observa, o rumo que a humanidade e o desenvolver de sua cultura toma, não necessariamente corresponde ao ideal do justo, sob pena de confundir-se com as idéias sociologistas no campo das teorias dos valores.

É bem verdade que uma concepção jusnaturalista tomista de valores, fonte de toda positivação ou uma concepção “inatista” cartesiana, não são suficientes para se explicar o fenômeno, como já se asseverou no início deste ensaio. Portanto, devemos entender tal processo, em nosso modo de ver, como uma constante descoberta bem como criação e modificação de valores em meio ao processo cultural, que devem se adaptar ao momento histórico-social, tendo sempre em vista como primado a vida humana, sua valorização e conservação. Como bem assevera Reale, o homem é o valor fonte. A ele deve servir todo o direito.

Reale não acolhe a tese de um direito natural transcendente e a-histórico, mas reconhece que há normas que atuam de maneira *transcendentalia* da experiência jurídico-positiva. O direito natural transcendental resulta, no seu entender, da constatação de que o homem pelo processo dialógico da história, vai tomando consciência de determinados valores fundamentais, como por exemplo, o da inviolabilidade da pessoa humana, os quais, uma vez trazidos à luz da consciência histórica, são considerados intangíveis. Assim como na biologia tem se constatado a ocorrência de mutações que dão origem a “invariantes biológicas”, até o ponto de parecerem “inatas”, da mesma forma, na experiência ético-jurídica dá-se o advento de “invariantes axiológicas”, isto é, de exigências axiológicas constantes e inamovíveis, por serem consideradas da essência do ser humano: *são as constantes axiológicas transcendentais do direito, porquanto, no fundo, foram elas que tornaram a experiência jurídica possível*⁵. Por outras palavras, um conjunto de valores fundamentais, que uma vez trazidos historicamente ao plano da consciência tornam-se bens comuns, essenciais ao viver social, como se fossem inatos. O constante renascimento do direito natural vem da aplicação dessa visão axiológica, motivada pelo sentimento de que a vida do direito não pode deixar de obedecer a pressupostos ligados às exigências histórico-axiológicas, às conquistas da experiência humana na sua auto-consciência temporal.

Operando-se uma vinculação essencial entre a idéia de justiça e a de experiência jurídica, a qual não é senão o processo histórico axiológico do direito, surge

uma nova compreensão do direito natural, não como a justiça imanente ao direito positivo (numa identificação absoluta, embora *in fieri*, entre justiça e direito), mas o entendimento do direito como objetivação positiva e constante dos valores de justiça, os quais, no entanto, sempre transcendem o já conquistado e tornado concretamente positivo.

Em obra de 1940, o célebre mestre já esclarecia:

“Pensamos, entretanto, que o direito natural é algo de objetivo, que banha, por assim dizer, as matrizes da positividade jurídica; serve de fundamento, de coordenada e de supletivos à ordem legal; dá dinamismo ao sistema das leis, aquecendo-o com o calor vivo das realidades sociais que perenemente se renovam, preserva o que deve ser mantido intacto e acelera a substituição das peças legais que os fatos tornaram gastas e precárias; põe em contato permanente a lei e o seu “substractum” sociológico, mostrando que o bem comum exige a plenitude lógica da ordem jurídica, ou seja, da lei “in actu” e não a plenitude lógica das regras em si mesmas, justifica a obediência às leis injustas, mas não condena a resistência que se torne necessária à própria conservação do bem público; é, pois, uma realidade assente sobre os valores que dão fisionomia própria às diferentes culturas, e sobre valores comuns a todas as culturas”⁶.

É importante frisar, todavia, que em seus primeiros pensamentos, não havia ainda uma clara determinação do direito natural em termos histórico-axiológicos. Ainda havia uma concepção realeana de direito como uma “realidade bidimensional”, compreendida como “síntese de ser e dever ser”, como um *substratum* sociológico de forma técnico-jurídica, muito embora já existisse na correlação necessária entre fato, valor e norma, escrevendo: “Não é indo além do direito e procurando um ser direito transcendente, mas é na própria ordem jurídica positiva que podemos encontrar a integração *fato, valor, norma*, à qual corresponde esta outra: *eficácia social, validade ética, validade técnico-jurídica*”⁷.

3. O historicismo axiológico realeano

Embora Reale se utilize da expressão “direito natural”, não se refere a um ente jurídico ontologicamente diverso do direito positivo, a uma duplicata desnecessária do *jus vivens*, no qual se ampare o desejo e o esforço humano de realização de justiça. Quando fala em direito natural, o faz à vista do “historicismo axiológico”:

*“Não se reduz, desse modo, o direito à simples condicionalidade lógico transcendental, com a qual Kant exprimiu o individualismo fundamental de sua época; nem a uma condicionalidade sociológica à maneira de Ihering, tentando um compromisso garantido pelo poder público entre interesses individuais reciprocamente compensados; porque só pode e deve ser visto em termos de condicionalidade histórico axiológica, visando uma ordem social justa, na qual os homens e os grupos possam se desenvolver livremente, assim como completar-se econômica e eticamente uns aos outros no sentido de uma comunidade concreta”*⁸.

Aloísio Ferras Pereira, em sua tese de doutorado, apresentada à Faculdade de Direito da UPIS, observa:

*“O direito natural constitui, portanto, objeto de uma ciência de observações, aberto sempre a mutações e situações novas. É um campo de eleição das ciências sociais. A determinação do justo natural exige mais, ao lado da pesquisa experimental, o exercício da dialética. Como a natureza onde existe o seu direito é variável, adequado às condições ecológicas, sociais e às vicissitudes históricas”*⁹.

O direito natural é “a versão normativa de invariáveis exigências axiológicas”; donde a impressão de “inatismo” que tais normas fundamentais sugerem e sua apresentação como “postulados da razão prática”, pela convicção de que sem elas, as regras positivas ficariam sujeitas a contestações expostas pelo arbítrio. Ainda que o direito positivo não resulte de normas naturais, mas sim da trama dialética de fatos e valores, nem por isso do ponto de vista transcendental e ético, pode deixar de reconhecer a sua posição condicionadora, lógica e axiológica, da experiência histórica do *ius*¹⁰.

Atualmente, a epistemologia científica passa por decisiva revisão, pelo reconhecimento de seus insuperáveis condicionamentos axiológicos e quando o conceito de transcendental abre leque a uma sondagem mais abrangente dos problemas humanos, biológicos e histórico-sociais, faz-se necessário estender-se tais enfoques à análise do direito natural, para uma compreensão transcendental-axiológica, como tal não estática, mas dinâmica¹¹.

4. O antagonismo do terror

Segundo o Aurélio, o termo assassino procede dos “comedores de haxixe” (uma espécie de maconha) que constituíram uma seita ismaelita, notável por seu pendor homicida, na Pérsia. Ramo heterodoxo do xiismo, os “assassinos” eram seguidores de um fanático, Hasan ibn Sabbah que, controlando fortalezas inexpugnáveis na Síria e no Irã, mataram em ataques suicidas o primeiro dos grandes sultões turcos, Alp Arslan, e vários vizires, sendo finalmente eliminados pelas invasões mongóis. Eles receberam do xiismo uma crença extrema na obediência incondicional ou submissão. Movidos pela paixão e valor do sacrifício, com promessas de recompensa final no paraíso e de bem-aventuranças, eram fortemente influenciados pelo maniqueísmo que os proclamava únicos servos do verdadeiro Deus, defensores do Bem e destinados a morrer numa “guerra santa” (*jihad*) contra todos os infiéis, cultores de Satã - que seríamos todos nós.¹²

O radicalismo dessas facções tornou-se uma cultura cega da “destruição para a construção de um novo mundo”, o imperecível e repleto de promessas. Por outro lado, o dogma americano que atribui à liberdade do cidadão a grandeza da nação e o principal suporte da democracia e de seu modo de vida, mostrou sua outra face quando seus antigos “escravos” do terceiro mundo se rebelaram contra o senhor. Aqueles mesmos, que foram manipulados para a guerra contra o Irã, transmudaram-se em pretensos criadores de um novo mundo, um mundo de fé em que seus antigos senhores, se tornaram o maior mal contra a existência deste mesmo mundo. O mundo imaginário da democracia, se choca então com o mundo imaginário de virgens e riquezas conquistadas pela auto-destruição em favor da causa.

Tais antagonismos não estão distantes de nós. Nos discursos de “paz e amor” de artistas apologetas de psicotrópicos, encontramos os maiores discursos em favor da violência gerada pelo tráfico de entorpecentes que assola nosso país. Nos milhões de reais gastos pelo governo, em propaganda para divulgação de suas obras sociais, encontramos o maior desperdício de verba pública que poderia estar sendo aplicada no mesmo “social” que pretende prestigiar.

5. Conclusão

A história provou que no discurso autoritário da razão e da violência como garantidora da verdade, as maiores mentiras foram criadas, como se viu nos inflamados discursos jacobinos e nas perseguições da inquisição. O que vemos

hoje não é novidade. O que nos choca hoje chocou também o passado. A história prova que somos incapazes de aprender: os enganos apenas mudam de nome.

Dessa forma, o que justifica uma crítica aos valores de comunidades extremistas e, mais ainda, das posturas terroristas é o direito natural que, impulsionado pelo valor fonte da vida humana e de seus primados de justiça, é capaz de, em meio ao choque de culturas e valores, revelar sua trama, suas disparidades, suas deficiências e, por conseguinte, indicar soluções. Mas esse direito natural jamais poderá ser visto de forma estática. O poder de criação do homem é capaz, não de modificar valores, que nessa concepção transcendem nossa história, mas de alterar seus parâmetros, desde que se não perca de vista o paradigma de excelência da vida humana.

Notas

¹ KELSEN, Hans. *General theory of law and state*, 1946, p. 417.

² Nesse sentido, cf. entre outros, as observações que faz Hubner Gallo sobre as influências do direito natural no texto das constituições ou dos tratados internacionais contemporâneos (*Panorama de los derechos humanos*, Santiago do Chile); Dino Pasini, *Il diritto dell'uomo; saggi di filosofia politico-giuridica*, Nápoles, 1979, e Luigi Bagolini, *VISIONI della giustizia e senso comune*, Bolonha, 1968, especialmente p. 127 e s., 177 e s. e 204 e s., se visualiza o problema dos direitos humanos, segundo “valorações em termos de justiça”, com especial referência às distinções de Welzel sobre Direito Natural e Direito Positivo, à luz do conceito de pessoa, como critério supremo de validade jurídico-positiva. Quanto a uma vinculação histórico-estrutural entre Direito Natural e direitos humanos, v. Angel Sanchez de La Torre, *Teoria jurídica de los derechos humanos*, Madri, 1972, p. 181 e s, apud Reale, *Direito natural e direito positivo*, p. 3.

³ REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*, p. 1-3.

⁴ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*, p. 317.

⁵ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, p. 109-110.

⁶ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*, p. 319.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 301 e 320.

⁸ Op. cit., p. 703.

⁹ PEREIRA, Alofsio Ferras. *Formação da teoria clássica do direito natural*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, p. 116.

¹⁰ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, p. 109-110

¹¹ Idem, *Direito natural/direito positivo*, p. 15-16.

¹² PENNA, J. O de Meiria. *Os 'Hashishim'*. In: *Jornal da Tarde*, 17/09/2001.

Referências Bibliográficas

- AGOSTINHO, Santo. *O livre arbítrio*. São Paulo: Paulus, 1995.
- _____. *Confissões*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- _____. *Ética a Nicômanos*. Manchester: Manchester University Press, 1953.
- BRITO, António J. “Os limites do conhecimento em Miguel Reale”. *In: O pensamento de Miguel Reale*, Actas do IV Colóquio Tobias Barreto Viana do Castelo. Lisboa: 1998.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*. São Paulo: Saraiva, 1960.
- DODD, C.H. *Natural Law*. *In: New testament studies*. Manchester: Manchester Press, 1953.
- KELSEN, Hans. *What is justice?* California: University of California, 1957.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “A tridimensionalidade realiana”. *In: Revista do Advogado*, nº 61, Nov/2000, p. 50-54.
- OLIVEIRA, Mozar Costa de. *O conceito de “lei” na metafísica e na ciência positiva do direito (Santo Tomás de Aquino e Pontes de Miranda)*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 1983.
- PAIM, Antonio. “Miguel Reale e a autonomia da axiologia”. *In: O Pensamento de Miguel Reale*, Actas do IV Colóquio Tobias Barreto Viana do Castelo. Lisboa: 1998.
- PEREIRA, Aloysio Ferras. *Formação da teoria clássica do direito natural*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 1972.
- REALE, Miguel. *Direito natural/Direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. *Experiência e cultura*. São Paulo: Edusp, 1977.
- _____. *Fundamentos do direito*. São Paulo: RT, 1940.
- _____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. “O Direito e o Justo”. *In: Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol XXV, p. 3-19. São Paulo: Edusp, 1946.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TILLICH, Paulo. *Love, power and justice*. New York–London: Oxford University Press, 1945.
- WEINFELD, Moshe. “Justice and Righteousness, The expression and its meaning”. *In: Graf, H e Hoffman, Y. [Coord.]. Justice and righteousness*. S.l. Sheffield Academic, 1992.

Resumo

O artigo analisa o problema atual do terrorismo frente às concepções jusnaturalistas e mais propriamente ao historicismo cultural de Miguel Reale. Quando nos dias de hoje, ao depararmos com notícias de atentados terroristas, vemos pessoas horrorizadas e outras em estado de júbilo na mesma intensidade, devemos questionar como valores podem se apresentar de forma tão distinta. Haveria um “justo” descontextualizado da cultura, como expressão da justiça, em essência ou tudo é manifestação cultural? Não podemos ignorar o poder humano de conhecer o justo, na mesma medida em que não podemos ignorar a capacidade do homem de transformação da cultura e da sociedade, com a conseqüente influência de uma na outra.

Palavras-Chave: Terrorismo - Jusnaturalism - Historicismo cultural - Valores - Oriente.

Abstract

The article analyses contemporary terrorism from the jusnaturalist approach and the cultural historicism of Miguel Reale. When faced by news of terrorist attacks, we see people in deep horror and others equally joyful. We must then ask if values can express themselves in such distinct forms. Would there be a sense of fairness detached from its cultural context as essentially an expression of justice or is justice a cultural manifestation? Neither can we neglect the human capacity to know what justice is nor our ability to impinge change on culture and society with the corresponding mutual influence on one another.

Key words: Terrorism - Jusnaturalism - Cultural historicism – Values - Orient.

Resumen

El artículo trata del terrorismo contemporáneo desde la perspectiva jusnaturalista y del historicismo cultural de Miguel Reale. Frente a las noticias de atentados terroristas, vemos personas horrorizadas y otras en estado de júbilo en la misma intensidad. Debemos cuestionar como valores suelen presentarse bajo formas tan distintas. Hay un sentido de justicia que sea descontextualizado de

la cultura o es todo una manifestación cultural? No podemos ignorar el poder humano de conocer el justo en la misma medida que no podemos ignorar la capacidad humana de transformar la cultura y la sociedad, con consecuentes influencias en el otro.

Palabras clave: Terrorismo - Jusnaturalismo - Historicismo cultural – Valores - Oriente.

1. A matriz genética do controle jurisdicional

A matriz genética do controle jurisdicional é norte-americana, embora a Constituição Federal, promulgada em 1787, não tenha diretamente outorgado ao Judiciário essa incumbência ou sequer feito referência expressa a qualquer tipo de controle de constitucionalidade.¹

Os convencionais da Filadélfia, fiéis ao estilo conciso a que se propuseram na elaboração da Lei Fundamental dos Estados Unidos, estabeleceram, na seção II do art. 3º (dedicado ao “Poder Judicial”) que “o exercício do poder judicial, pela aplicação da lei e da equidade, estender-se-á a todas as causas desta Constituição, às leis dos Estados Unidos e aos tratados celebrados sob sua autoridade”. (*The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made under their authority*).

Ora, se ao Poder Judiciário incumbe a aplicação da lei e a sua jurisdição se estende a todos os casos da Constituição Federal, parecia óbvio que, embora não expresso, caberia a ele próprio decidir se determinada norma inferior estaria ou não contrariando o texto constitucional e se, assim estivesse, deveria a norma ordinária - em respeito ao princípio da supremacia - ser declarada nula. Em termos, essa foi a conclusão a que chegou o *Chief Justice* John Marshall,² no ano de 1803, dando início ao **controle judicial** (*judicial review*) da constitucionalidade das leis, no célebre caso *Marbury vs. Madison*.³

O modelo norte-americano caracteriza-se pelo monopólio do Judiciário em decidir se determinado ato normativo está ou não de acordo com a Constituição, ao mesmo tempo em que possibilita a qualquer juiz ou tribunal⁴ o exercício dessa prerrogativa, reservando-se à Suprema Corte a decisão final, em sede de recurso.

Em síntese, a lição de Marshall é a seguinte:⁵

“A constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções

ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível ...

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência da função judicial.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam”.

Essa linha de raciocínio encontrou eco em grande parte do continente latino-americano e mesmo no Canadá. O constitucionalista argentino Bidart Campos lembra que o caso *Marbury vs. Madison* *suscitó seguimiento o imitación dentro y fuera de los Estados Unidos*.⁶ De fato, o Brasil foi um deles. E se não o fez de imediato foi tão-somente porque inexistiam as condições objetivas para tanto, na medida que entre a decisão de Marshall (1803) e a Proclamação da República (1889) decorreram quase cem anos e a Constituição Imperial de 1824 não permitia o controle de constitucionalidade em mãos do Judiciário. Além do mais, há que se considerar as dificuldades de comunicação típicas de fins do século XVII e início do XVIII.

Se a Constituição dos Estados Unidos é um marco por suas características inovadoras, por ter sido a primeira, entre outras conquistas, a ter acolhido a tripartição de poderes, o caso *Marbury vs. Madison* é o marco inicial do controle de constitucionalidade das leis, não merecendo reparos a assertiva de Craig R. Ducat, de que “provavelmente não há livro de prática de direito cons-

titucional que não inicie mencionando *Marbury vs. Madison*”, (“*there is scarcely a casebook on constitutional law that does not begin with Marbury vs. Madison*”).⁷

Digno de registro que as assertivas pretéritas quanto a atribuir ao caso *Marbury vs. Madison* a primazia de ter sido o meio pelo qual se introduziu o controle de constitucionalidade das leis, e por via de consequência, atribuir a Marshall sua autoria, encontram resistências variadas no tempo e no espaço.

Uma dessas resistências é objeto de relato de Bernard Schwartz, conhecido historiador norte-americano e uma das maiores autoridades em Suprema Corte. Em *The Unpublished Opinions of the Burger Court*, Schwartz registra que em 1974 o *Chief Justice* Burger fez circular, entre os demais membros da Suprema Corte, um voto de sua autoria ainda em elaboração, provavelmente com o intuito de trocar idéias com os demais. Nesse rascunho Burger fez a seguinte afirmação: “*a prerrogativa do controle judicial de constitucionalidade implementada pela primeira vez por esta Corte sob a autoridade do artigo III em Marbury*” (*the power of judicial review first announced by this Court under the authority of Article III in Marbury*). Alguns dias depois o *Justice* Byron R. White endereçou a Burger um texto em que contestava a importância do caso *Marbury vs. Madison* como o precursor do *judicial review*. Disse ele: ⁸

“Porque eu sou um daqueles que entendem que a Constituição assegura, de plano, o controle de constitucionalidade, especialmente se construído à luz dos que a elaboraram e que afirmaram essa prerrogativa à época ou logo após, eu sempre me assusto quando concluem que a Corte criou esse poder ou mesmo quando se diz que a prerrogativa da revisão judicial foi pela primeira pronunciada em Marbury vs. Madison... Mas talvez seja somente uma idiosincracia pessoal.”

As observações de Byron White não guardam harmonia com a realidade dos fatos e com a opinião da doutrina majoritária dentro e fora dos Estados Unidos. A leitura da Constituição Federal norte-americana não deixar transparecer, ao menos “de plano”, a existência desse controle de constitucionalidade em mãos do Judiciário. Afirmar o contrário é negar a contribuição de Marshall e atribuir ao Estatuto Fundamental dispositivo que ele não acolhe, pelo menos de forma explícita, como, equivocadamente, defendeu o ilustre membro da Suprema Corte dos Estados Unidos.

2. Os “antecessores” de Marshall

Embora não se possa negar o mérito de Marshall, é possível identificar uma construção doutrinária bastante próxima daquilo que é a marca registrada do constitucionalismo norte-americano - o controle judicial sobre os atos do Parlamento e do Executivo.⁹ Convém esclarecer melhor: há vestígios de que diferentes juristas, em diferentes ocasiões, já desenvolviam uma linha de raciocínio¹⁰ semelhante ao que Marshall expôs no caso *Marbury vs. Madison*.

Faz-se necessário ressaltar: linha de raciocínio semelhante, não necessariamente idêntica.¹¹ E quando se fala em similitude entre o entendimento esboçado por Marshall e a outra corrente doutrinária anterior a ele, o nome que se sobressai é o do bretão Edward Coke, versado no *common law* e nas construções jusfilosóficas do período pré-iluminista.

2.1 A supremacia do *common law* sobre os atos do Parlamento

Para melhor compreender a contribuição de Coke é preciso primeiro assinalar que ele viveu na Inglaterra de fins do século XVI e na primeira metade do século seguinte, portanto, um período em que, embora já existisse a Magna Carta, a vontade do soberano valia mais do que uma centena de Medidas Provisórias, daquelas que, antes da emenda constitucional nº 32/01, podia ser reeditada indefinidamente. Coke, todavia, nunca se deixou intimidar pelo poder real e enfrentou a Coroa inglesa em diversos momentos de sua longa vida.¹²

Num desses enfrentamentos, defendeu a superioridade do *common law* sobre atos do Parlamento inglês contrários ao *common right and reason*, arguindo, em síntese, que a lei e atos normativos similares não poderiam se sobrepor aos princípios construídos ao longo dos anos, especialmente quando esses atos legais contrariassem o direito e o bom senso, cristalizados no *common law*, isto é, no direito consuetudinário acolhido pelos tribunais e principalmente no direito natural.

Parte da doutrina entende que a tese cokeana se assemelha com a defendida por Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, porque ambos (Coke e Marshall) pregaram a superioridade de uma norma fundamental e a conseqüente nulidade dos atos legais subseqüentes e de hierarquia inferior. É como pensa, em termos, Laurence Tribe, professor de Direito Constitucional da *Harvard Law School*, ao comentar a posição de Coke no sentido de que a Magna Carta asseguraria remédio legal para qualquer lesão a direito, arrematando que Marshall invocara esse mesmo

princípio anos mais tarde (*these principles were later famously invoked by Chief Justice Marshall in Marbury vs. Madison*).¹³

Por seu turno, Bernard Schwartz salienta que Coke não se referiu ao *judicial review* quando sustentou a nulidade de atos normativos contrários ao *common law*, porquanto suas conclusões se baseiam num *canon of construction rather than a constitutional theory* (..... “se baseiam, as conclusões, numa construção jurisprudencial ao invés de uma teoria constitucional”).¹⁴

Raoul Berger - embora mais enfático - divide opinião semelhante da de Schwartz, lembrando que, nos seus escritos, Coke não invocou a Magna Carta como lei suprema, mas - conforme já mencionado acima - o *the common right and reason*, o que se identifica com a “lei natural” ou o direito natural.¹⁵ Para ele se Coke pretendeu esposar uma doutrina de revisão judicial ele cometeu um equívoco, considerando-se as características do direito inglês, que não possui uma constituição escrita. De qualquer sorte, Berger arremata que, para o controle de constitucionalidade norte-americano, é desinfluyente se Coke estava certo ou errado; o relevante é que os americanos, desde antes da Independência, acreditaram na sua teoria, quando defenderam a nulidade de alguns atos da Coroa britânica tomando por base a conceituação cokeana da superioridade do *common law*, da razão e do direito natural sobre qualquer ato do Parlamento inglês.¹⁶

2.2 O Federalista

Há quem identifique, também, em *O Federalista*,¹⁷ especialmente nos escritos de Alexandre Hamilton, a primazia da verdadeira pregação doutrinária da supremacia da constituição e da competência do Judiciário para dizer da adequação das normas inferiores ao texto da Lei Maior. Os que assim pensam - dentre eles a mais autorizada opinião parece ser a de Benjamin F. Wright - tomam por base, especialmente, os textos de nº 78 e 81, ambos de autoria de Hamilton.

2.3 A efetiva contribuição de Marshall

Parece não haver dúvida que a construção doutrinária de Edward Coke e, posteriormente, de Alexandre Hamilton, efetivamente podem ser consideradas dignas de terem exercido alguma influência na teoria de Marshall acerca da supremacia da Constituição Federal sobre os demais atos normativos.

Embora não se possa negar, no curso da história das nações, a existência de preceitos fundamentais que, com maior ou menor intensidade, se sobrepõem a

outros (ditos inferiores ou ordinários), tal não significa que essas sociedades tenham praticado algo semelhante ao que se testemunhou no caso *Marbury vs. Madison*. E não tendo havido precedentes ao julgamento de 1803 de pouco ou nada adianta assinalar que existiu uma supremacia de uma lei ou de um “corpo de leis” em “relação às outras leis” pois essa espécie de hierarquia é tão antiga quanto os Dez Mandamentos e não implica necessariamente uma espécie de *judicial review*. Enfim, a existência de uma supremacia de determinada norma sobre outra é inegável, entretanto, não se tem registro - antes de Marshall - de um órgão, diverso daquele que editou o ato impugnado, com a incumbência de declará-lo nulo e sem efeito.¹⁸

O grande feito de John Marshall não foi - somente - o de assinalar a supremacia da Constituição (documento elaborado por uma Assembléia especificamente erigida para esse fim,¹⁹ dotado de superlegalidade, que institui e organiza o Estado, delimitando ainda as atribuições dos seus órgãos), mas, principalmente, **invocar** para o **Judiciário** a legitimidade e a competência para conhecer de todo e qualquer ato dos demais poderes, julgando sua validade frente à Lei Fundamental.

Esse *ambiance*, sinteticamente descrito nas linhas pretéritas, não encontra paralelo em nenhum ordenamento jurídico de outrora²⁰ e se adaptou aos sistemas constitucionais de diversos países, inclusive o Brasil, que o abraçou com a Lei Fundamental de 1891, a primeira de feição republicana e desde então o manteve nos Estatutos que se seguiram.²¹

O modelo brasileiro - embora dual desde meados da década de 60 - de controle difuso demonstra que a contribuição do Direito Constitucional norte-americano ao tema controle de constitucionalidade continua atual, não obstante seus mais de dois séculos de ininterrupta vigência.

Notas

¹ Cf., em termos, Souto, João Carlos. *Os 214 anos da Constituição dos Estados Unidos*. Correio Braziliense, Direito & Justiça, 17set2001, p. 3.

² Na terminologia jurídica norte-americana o termo *Justice* equivale ao de Ministro da Suprema Corte e *Chief Justice* o seu presidente. Cf. *Black's Law Dictionary*.

³ Cf. nota de rodapé 14.

⁴ Trata-se, portanto, de modalidade difusa, posto que deferida a qualquer pessoa, desde que tenha interesse concreto, em requerer a qualquer juiz que proceda o controle de determinado ato normativo frente à Constituição.

⁵ Cf. *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (Cranch) - 1803:

(...) “ *The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.*”

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature ilimitable.

Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation and, consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution is void

... So if the law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply”).

⁶ Campos, German J. Bidart. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar, Tomo I, 1998, p. 336. O texto completo tem a seguinte redação: *El leading case ‘Marbury c/ Madison’, del año 1803, há sido el antecedente inmediato en Estados Unidos de la doctrina de la supremacía y del control constitucionales, y com su ejemplaridad suscitó seguimiento o imitación dentro y fuera de los Estados Unidos. De allí se transplantó a nuestro derecho.*

⁷ Modes of Constitutional Interpretation, St. Paul, Minn.: West Publishing Company, 1978, p.1.

⁸ Schwartz, Bernard. *The unpublished opinions of the Burger Court*. New York: Oxford University Press, 1988, p. 279: “*Because I am one of those who thinks that the Constitution on its face provides for judicial review, especially if construed in the light of what those who drafted it said at the time or later, I always wince when it is inferred that the Court created the power or even when it is said that the ‘power of judicial review (was) first announced in Marbury v. Madison’ ... But perhaps this is only personal idiosyncrasy.*”

⁹ Souto, João Carlos. *A União Federal e o controle.... op. cit.* p. 19.

¹⁰ A situação é parecida com a tese da divisão tripartita dos poderes. Todos reconhecem como sendo um feito de Montesquieu, mas igualmente registram que Aristóteles, Locke e Rousseau já haviam, “de certo modo”, discorrido à respeito, embora despidos da precisão montesquiana.

¹¹ Conforme se demonstrará a seguir, o grande mérito de Marshall foi o de ter atribuído a competência para declarar a inconstitucionalidade ao Poder Judiciário. O clima político que antecedeu o julgamento do caso *Marbury vs. Madison* era tenso e a Constituição não autorizava, diretamente, a conclusão a que ele chegou, no sentido de competir à Suprema Corte declarar nulo ato normativo de um outro Poder. É possível dizer que não chegou a ser um ato heróico, na medida que a decisão foi benéfica a Thomas Jefferson, recém-empossado presidente da República. Alguns doutrinadores conjecturam se o Executivo cumpriria a decisão acaso ela fosse diferente, isto é, não tivesse negado o direito de Marbury. É como pensa Morris Cohen, lembrando inclusive o medo do impeachment, que no sistema legal norte-americano também se aplica aos juízes: “era óbvio que John Marshall agiu motivado pelo medo do impeachment que poderia acontecer acaso ele houvesse deferido o pedido constante do *mandamus* ou tivesse optado em considerar inconstitucional a lei judiciária

revocatória de 1802. (*To a secular historian, it is obvious that John Marshall was motivated by the fear of impeachment if he granted the mandamus or dare to declare the Republican Judiciary Repeal Act of 1802 unconstitutional*), Cohen, Morris. *The Faith of a Liberal*, 1946, p. 178.

¹² Edward Coke (1552-1634), viveu, portanto 82 anos, uma marca para a época, considerando-se que naquele tempo a expectativa de vida era em torno dos 35 anos.

¹³ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Third Edition. Volume one. New York: Foundation Press, 2000.p. 602. Nessa passagem, convém esclarecer, Tribe não afirma que Coke defendera a superioridade da Magna Carta sobre os demais atos normativos. Ele simplesmente registra que Marshall se valeu do argumento de que ao Judiciário incumbe solucionar os conflitos existentes, algo que Coke pregara dois séculos antes. A propósito, ao proceder essa ligação entre Coke e Marshall, Tribe o fez para reforçar sua convicção de que o acesso ao Judiciário deve ser amplo e não sofrer limitações legais ou constitucionais. Não estava se referindo especificamente aos antecedentes do *Judicial Review*.

¹⁴. *The Great rights of Mankind*. Madison: Madison House Publisher, 1992, p. 55.

¹⁵ Berger, Raoul. *Congress v. the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1969, pp. 349, 352

¹⁶ Idem, p. 27.

¹⁷. A história do livro “O Federalista” (*The Federalist*) prende-se à própria história da nação norte-americana. Finda a Convenção da Filadélfia, que se estendeu de maio a setembro de 1787, e que originalmente fora convocada tão-somente para alterar os “Artigos da Confederação” (*Articles of Confederation*, espécie de constituição que passou a vigorar a partir da Independência) Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, deram início à publicação de artigos na imprensa do Estado de Nova Iorque, proclamando as ex-colônias (à época unidas por laços confederativos) a ratificarem o texto aprovado na dita Convenção da Filadélfia. Ocorre que representantes de alguns Estados, como Nova Iorque, se opunham tenazmente à criação da forma de governo federativa, outros, como o de Rhode Island, se opunham a ratificá-la em virtude da ausência de uma declaração de direitos (*Bill of Rights*). De modo que os artigos de autoria dos três pensadores, tinham por objetivo demonstrar literalmente as vantagens da União e, assim, conseguir a ratificação da Carta de 17 de setembro de 1787, posto que num de seus artigos (art. 7º) a ratificação por nove dos treze estados era condição essencial à sua validade. As idéias de Hamilton, Jay e Madison, publicadas, como visto, na imprensa nova-iorquina de 27 de outubro de 1787 a 4 de abril de 1788, foram posteriormente reunidas num livro intitulado *O Federalista*, que se constitui, ainda hoje, num clássico da literatura política norte-americana. Não se trata, obviamente, de um livro perfeito, nem seus autores acalentaram essa pretensão. A propósito, Benjamin F. Wright observa que “O Federalista não é um livro inteiramente homogêneo nem coerente consigo mesmo”. Nem por isso, esse consagrado autor, ao elaborar uma longa nota de introdução à edição de 1961 de O Federalista, patrocinada pelo *Harvard College*, deixa de registrar a importância da obra para a consolidação da nação americana, a divisão de poderes, a república, etc: “A teoria deles [referindo-se a Hamilton, Madison e Jay] foi tão abrangente e sagaz que, em cento e setenta anos, sofreu apenas umas poucas modificações”. *The Federalist Papers*. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay. Mentor Book. New York: Nal Penguin Inc. 1961.

¹⁸. Advirta-se que a jurisprudência, tanto da Suprema Corte dos Estados Unidos quanto do Supremo Tribunal Federal no Brasil, tem oscilado quanto à fixação dos efeitos da declaração de

inconstitucionalidade de ato normativo. Trata-se de uma decisão política, não sendo aconselhável fixar contornos rígidos quanto a seus efeitos.

¹⁹. Curiosamente a Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 17 de setembro de 1787, não foi redigida por uma Assembléia Constituinte especificamente convocada para esse fim. A convocação fora para alterar os Artigos da Confederação, espécie de documento constitucional que vigorou logo após a independência até a aprovação do Texto de 1787. Contudo, como os estados-membros ratificaram a Lei Básica de 1787, eventual ilegitimidade da Constituição restou sanada pelo referendo popular. Souto, João Carlos. *Os 214 anos da Constituição dos Estados Unidos*. Correio Braziliense, Direito & Justiça, 17set2001, p. 3.

²⁰. O controle, amplo, geral e irrestrito, pelo Judiciário, da legalidade dos atos praticados pelos demais Poderes.

²¹. A partir da década de 60 o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade restou ampliado, porquanto acolhida a Emenda Constitucional que introduziu a ação (representação) direta de inconstitucionalidade, inspirada no modelo europeu de controle concentrado da constitucionalidade das leis. À época o único legitimado para deflagrar a ação direta, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, era o Procurador-Geral da República. A figura do legitimado universal permaneceu no ordenamento jurídico brasileiro até a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocasião em que o rol de legitimados sofreu considerável ampliação.

Referências Bibliográficas

BERGER, Raoul. *Congress v. the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1969.

Black's Law Dictionary, Abridged Sixth Edition, St. Paul, Minn, Est Publishing Co, 1991.

CAMPOS, German J. Bidart. *Manual de la Constitucion reformada*. Buenos Aires: Ediar, Tomo I, 1998.

COHEN, Morris. *The Faith of a Liberal*, 1946.

DUCAT, Craig R. *Modes of Constitutional Interpretation*, St. Paul, Minn.: West Publishing Company. 1978.

SCHWARTZ, Bernard. *The Great rights of Mankind*. Madison: Madison House Publisher, 1992.

_____. *The Unpublished Opinions of the Burger Court*. New York: Oxford University Press, 1988.

SOUTO, João Carlos. *Os 214 anos da Constituição dos Estados Unidos*. Correio Braziliense, Direito & Justiça, 17set2001, p. 3.

The Federalist Papers. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay. Mentor Book. New York: Nal Penguin Inc. 1961.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Third Edition. Volume one. New York: Foundation Press, 2000.

Resumo

Versa o presente texto sobre a origem do controle de constitucionalidade difuso, gestado, em fins do século XVIII, nos Estados Unidos da América do Norte. É comum atribuir-se ao caso *Marbury vs. Madison*, julgado, em 1803, pela Suprema Corte norte-americana, a primazia de se constituir no primeiro julgado a estabelecer a possibilidade de o Judiciário realizar o controle de constitucionalidade dos atos praticados pelos demais Poderes. Conquanto verdadeira, a assertiva merece ao menos uma reflexão, o que se pretende imprimir neste artigo, ante a impossibilidade de, neste espaço, proceder análise mais minuciosa e detalhada acerca do surgimento e evolução do controle de constitucionalidade difuso, genuína contribuição do direito Constitucional estadunidense aos sistemas jurídicos de diversos países.

Palavras-chave: Controle – Constitucionalidade – Modelo Difuso - Marbury x Madison.

Abstract

The present text deals with the origins of the diffuse constitutional control, originated in the end of the XVII century, in the United States. It is usual to attribute to the case *Marbury vs. Madison*, ruled in 1803 by the Supreme Court, the primacy of being the first case to establish the possibility of the exercise by the Judiciary of constitutional control of actions pursued by the other Powers. Despite of its correctness, this assertion deserves a brief reflection, what is intended in this article, as it is not feasible to carry out a more detailed analysis on the origins and evolution of the diffuse control of constitutionality, a genuine contribution of the American Constitutional Law to the juridical systems of several countries.

Key words: Control – Constitutionality - Diffuse model - Marbury vs. Madison.

Resumen

El presente texto trata de las orígenes del control de constitucionalidad difuso, generado en fines del siglo XVII en los Estados Unidos. Es común atribuirse al caso *Marbury vs. Madison*, cuyo fallo fue dictado por la Suprema Corte en 1803, la

primacía de ser el primer caso a establecer la posibilidad de ejercicio por el Judiciá-rio del control constitucional de actos de los otros Poderes. Aunque correcta, dicha asertiva merece una breve reflexión, intentada en este artículo, una vez no ser posible un análisis más detallado del origen y de la evolución del control de cons-titucionalidad difuso, una genuína contribución del Derecho Constitucional norte-americano a los sistemas judiciales de muchos otros países.

Palabras clave: Control – Constitucionalidad - Modelo difuso - *Marbury vs. Madi-son*.

Normas para os colaboradores

1. Os trabalhos deverão ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista de Direito UPIS, para análise do conteúdo, metodologia, bem como da conveniência e oportunidade da publicação.
2. Serão aceitos prioritariamente trabalhos elaborados por membros da comunidade acadêmica do Curso de Direito da UPIS, inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, simpósios, seminários etc.), referentes aos temas indicados pelo Conselho Editorial, quando for o caso.
3. Serão aceitos, excepcionalmente, a critério do Conselho Editorial, trabalhos apresentados pela comunidade em geral e/ou acerca de temas jurídicos diversos.
4. Mediante deliberação do Conselho Editorial poderão ser solicitados trabalhos a colaboradores eventuais.
5. A entrega de trabalho ou sua publicação não importará em remuneração, a qualquer título, do autor.
6. Não serão devolvidos ao autor os originais dos trabalhos entregues ou publicados.
7. Os trabalhos deverão ser redigidos em português, com no mínimo 15 (quinze), e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas com 30 linhas de 65 toques, aproximadamente 49.000 caracteres, observando-se a ortografia oficial.
8. Os trabalhos deverão ser entregues em disquete de 3 ½", ou CD, à Secretaria do Departamento de Direito da UPIS ou enviados por correio eletrônico ao endereço direito@upis.br, com texto em fonte ARIAL, tamanho 12, entrelinhamento 1,5 cm.
9. As citações e referências bibliográficas deverão obedecer às normas técnicas da ABNT.
10. **IMPORTANTE:** Necessariamente deverão acompanhar o artigo um Resumo em português e as palavras chaves. A remessa de versões do Resumo e das palavras chaves em inglês e/ou espanhol é facultativa.

Carlos Aureliano Motta de Souza

Editor

diagramação, arte-final, impressão e acabamento

 *gráfica e editora*
inconfidência

fores:(61) 3552.4024 3552.2510 fax:(61) 3386.2350
brasilía distrito federal

Site: www.graficainconfidencia.com.br
E-mail: graficainconfidencia@terra.com.br