

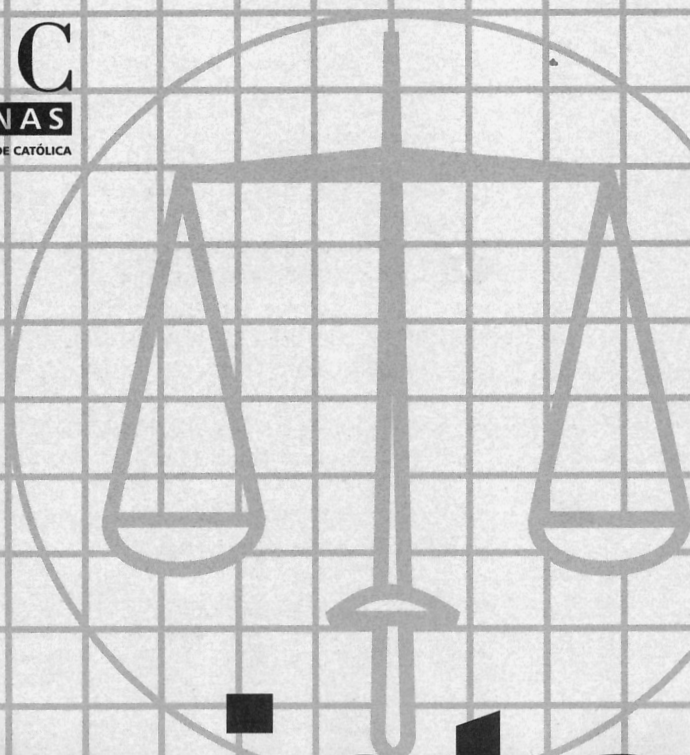
ISSN 0103-5622



PUC

CAMPINAS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA



Revista Jurídica

Vol. 18 - Nº 1 - 2002

FACULDADE DE DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

D. Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR

Pe. José Benedito de Almeida David

VICE-REITOR

Pe. Wilson Denadai

Pró-Reitoria de Graduação

Jamil Cury Sawaya

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Profa. Dra. Vera Sílvia Marão Beraquet

PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO E ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Profa. Dra. Carmen Cecília de Campos Lavras

PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO

Prof. Antonio Sergio Cella

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Prof. Jamil Miguel

REVISTA JURÍDICA

Periodicidade Semestral

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Régis de Moraes

Profa. Constança Marcondes César

Renan Severo Teixeira da Cunha

Heitor Regina

Jamil Miguel

Jorge Luiz de Almeida

Editora responsável - Vera de Arruda Roza Cury

Ana Maria Melo Negrão - Revisora

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tels. 3735-5899 ou 3735-5833

CEP 13020-904 ou Caixa Postal 317 - CEP 13012-970 - Campinas,

Revista Jurídica

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica	Campinas	v. 18	Nº 1	p. 1-150	2002
------------------	----------	-------	------	----------	------

SUMÁRIO

ARTIGOS

Responsabilidade dos Contabilistas

Agostinho Toffoli Tavoraro 5

"Alguns Aspectos Jurídicos Concernentes à Oferta e à Publicidade no Código de Defesa ao Consumidor"

Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas 19

La Concepción de la Conciencia como Eje Del Proceso Evolutivo en Pierre Teilhard de Chardin

Gloria Margarita Comesaña Santalices e Pedro Antonio Zambrano Fontalvo 44

Cidadania, Democracia e Estado Democrático de Direito

Fábio Rodrigues Fazuoli 61

Fraude de Execução

Luis Arlindo Feriani Filho 98

Water Resource Allocation: Legal and Institutional Impacts on Bulk Water Removal in Canadian and Brazilian Dry Areas

Sandra Cilce de Aquino 119

Direitos Individuais Homogêneos

Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo Gama 138

Resenhas 145

RESPONSABILIDADE DOS CONTABILISTAS

Agostinho Toffoli TAVOLARO*

1 - A IMPORTÂNCIA DO TEMA

No mundo atual , acentua-se sobremaneira a necessidade de se colocar em relevo o papel de destaque que ocupam os contabilistas bem como a responsabilidade que lhes acarreta o desempenho de uma missão que se apresenta com todos os característicos de essencialidade para o mundo dos negócios e para a fiel observância das normas que regem o mundo em sociedade, cada vez mais numerosas e complexas.

2 - O CONTABILISTA NA ECONOMIA GLOBALIZADA

A internacionalização da economia, em virtude do fenômeno da globalização em todos os campos do conhecimento humano veio colocar em evidência a função indispensável que exerce o contabilista, no momento em que as relações do comercio internacional tornam imperativo o conhecimento

(*) Advogado Sócio Diretor de TAVOLARO E TAVOLARO - ADVOGADOS - Campinas, São Paulo.
- Membro do Comitê Permanente Científico da IFA - INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION
- Ex-Presidente da ABDF - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO FINANCEIRO
- Acadêmico da Cadeira nº 14 da ABDT - ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO TRIBUTÁRIO
- Professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, São Paulo, Brasil
- E-mail: atavolaro@lexxa.com.br
- Palestra proferida no II Encontro dos Estudantes do Curso de Ciências Contábeis - Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Campus Dom Bosco - Americana - Junho/2001.

de custos e da formação de preços, dos valores de ativos e passivos de empresas, do seu estado de saúde financeira e econômica, de molde a permitir sua fusão, incorporação, ou mera designação como fornecedor, agente ou distribuidor de empresas situadas em outros países.

Assumem assim os balanços e demonstrações financeiras posição preponderante nas negociações, impondo-se, cada vez mais a observância dos princípios gerais de contabilidade geralmente aceitos, enumerados na resolução CFC nº 750/93¹, expressão cunhada nos Estados Unidos da América do Norte e cujo uso deveria ser restrito aos países, como aquele, em que a contabilidade não é aceita como ciência, mas sim como mera técnica, ao contrário do Brasil².

Mas a capacitação dos contabilistas brasileiros para responder aos ditames das exigências dos dias atuais traz também, como contrapartida, o aumento de sua responsabilidade nos diversos campos do direito.

3 - A ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL NA HISTÓRIA

Essencial na função do contabilista a escrituração, de tal modo que na própria definição legal de suas atribuições expressamente se consigna a de

“escrituração dos livros de contabilidade obrigatórios, bem como de todos os necessários no conjunto da organização contábil e levantamento dos respectivos balanços e demonstrações” (Decreto-lei 9295/46, art. 25),

explicitada pela Resolução CFC nº 94/58³ no sentido de que abrange também a escrituração fiscal ou qualquer outra oportuna será aqui uma breve menção histórica da escrituração.

3.1 - ERAS DA CONTABILIDADE

LOPES DE SÁ, em seu Dicionário de Contabilidade⁴, ensina que a história da contabilidade se divide em 5 eras, a saber:

⁽¹⁾ Conselho Federal de Contabilidade - www.cfc.org.br

⁽²⁾ MARION, José Carlos. *Contabilidade Empresarial*. S.Paulo : Atlas, 1982, p. 47.

⁽³⁾ V. site do Conselho Regional de Contabilidade - São Paulo. www.crcsp.org.br

⁽⁴⁾ LOPES DE SÁ, ^a *Dicionário de Contabilidade*, 1963 : Atlas, 3ª Ed., vol. II, p. 26 e 141 (verbetes Eras e História).

- 1ª - Era empírica da contabilidade (8.000 AC/1202 DC);
- 2ª - Era da sistematização contábil (1202/1494) - escolas de ábaco
- 3ª - Era da literatura contábil (1494/1840) O método das partidas dobradas - frei Luca Pacioli;
- 4ª - Era da contabilidade científica (1840/ 1950)
- 5ª - Era do período filosófico (1950/....)

3.1.1 - ERA EMPÍRICA (8000 AC/1202 DC)

Atestam a existência da escrituração contábil nesta era os achados arqueológicos na Sumeria e na Babilônia, merecendo destaque o inventário de eqüinos encontrado nas tábuas de SUSA, tábuas de argila ligadas por orifícios, gravadas por estilete em caracteres cuneiformes (III milênio AC). Fazia-se assim o controle da pesca, da caça, dos rebanhos, dos cereais, do pão e da cerveja, do material (ferramentas, matérias usadas) empregado na construção de templos e estradas (Tábuas de Uruk, Jemdet-Nasr e Ur Arcaica)

Também na Bíblia, no livro do Gênesis, vemos que a proposta de JACÓ a LABÃO, de divisão dos rebanhos de cabras e ovelhas pressupunha um controle do inventário desses animais.

A civilização minóica, que floresceu em Creta, também apresenta evidência de controle contábil.

No Egito dos faraós, não se podem deixar de mencionar os papiros encontrados, dentre eles a prestação de contas dos templos regionais ao templo-mor de Amon, em Tebas, com 45 (quarenta e cinco) metros de comprimento.

Na Grécia, o papiro de Zenon, datado de 260 A.C. é um dos inúmeros registros contábeis encontrados.

Em Roma, os pergaminhos encontrados dando conta da situação dos armazéns e os registros do gladiadores, testemunham a importância dos registros de contabilidade, havendo mesmo MARCO TÚLIO CÍCERO (1106-43 AC) ao atacar Verre, nas célebres Verrinas, dele dizer

“ ouvimos falar de um homem que jamais teve os livros contábeis ”

(Audimos aliquum tabulas nunquam confecisse).

3.1.2 - ERA DA SISTEMATIZAÇÃO CONTÁBIL (1202/1494)

Nesta era, temos que a influência oriental se fez sentir, decorrência, segundo muitos autores, das cruzadas e do intercâmbio que propiciaram elas com o saber árabe, iniciando-se com a obra de LEONARDO FIBONACCI, de Pisa, publicada em 1202, sob o título - “Liber Abaci”.

3.1.3 - ERA DA LITERATURA CONTÁBIL (1494/1840)

É marco inicial desta era a obra de frei Luca Pacioli, nascido em Borgo San Sepolcro, província de Arezzo, Itália

Diga-se, desde logo, que não era frei Luca contador, mas mestre de aritmética e geometria, sendo o seu “TRATACTUS DE COMPUTIS ET SCRIPTURIS” parte de seu livro “SUMMA DE ARITHMETICA, GEOMETRIA ET PROPORTIONE”. Como, ao tempo, a arte da contabilidade era ensinada nas Escolas de Ábaco ou de Matemática, neste livro, frei Luca expôs o método, chamado de partidas dobradas ou digrafia de vez que, por ele o registro de qualquer operação implica, necessariamente, que a cada débito deva corresponder um crédito equivalente, de forma que a soma dos valores debitados seja sempre igual à soma dos valores creditados^{5,6}.

3.1.4 - ERA DA CONTABILIDADE CIENTÍFICA (1840/1950)

Inicia-se esta era com a publicação do livro ‘LA CONTABILITÀ APPLICATA ALLE AMMINISTRAZIONI PRIVATE E PUBBLICHE’ de FRANCISCO VILLA, seguindo-se um grande número de obras especializadas.

3.1.5 - PERÍODO FILOSÓFICO (PÓS-GUERRA)

O período filosófico inaugura-se com a pesquisa mais profunda da contabilidade, apontando-se como marco as obras de VICENZO MASI - FILOSOFIA DELLA RAGIONERIA e, no Brasil, FRANCISCO DÁURIA - PRIMEIROS PRINCÍPIOS DE CONTABILIDADE PURA, cabendo ainda apontar o próprio LOPES DE SÁ - FILOSOFIA DA CONTABILIDADE.

⁽⁵⁾ MOURA, Ril. *Contabilidade para não contadores*. CNI, Rio, 1989, p. 15.

⁽⁶⁾ FERREIRA, Antonio Airton. *Contabilidade Básica - Uma abordagem sistêmica*. S.Paulo : Resenha Tributária, 1994, p. 30.

4. A ESCRITURAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

4.1 - O CÓDIGO COMERCIAL DE 1850

Proclamada, em 7 de setembro de 1822, a Independência, o novo Império do Brasil continuou a se reger pela leis portuguesas (as Ordenações do Reino), até que em 1850 foi aprovado o Código Comercial, que continua em vigor há mais de 150 anos, com as modificações posteriormente introduzidas. Das leis portuguesas vigentes em 25 de abril de 1821, que a lei de 20 de outubro de 1823 aprovada pela Assembléia Constituinte e Legislativa do Império mandava aplicar no Brasil, merece especial destaque a chamada *Lei da Boa Razão* (de 18 de agosto de 1769) autorizando invocar-se, como subsídio nas questões mercantis as normas legais “das nações cristãs iluminadas e polidas, que com elas estavam resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência”, o que permitiria então a aplicação pelos tribunais brasileiros do direito estrangeiro⁷.

Ainda em vigor, seu art. 10, 11, 12, 13, 14, 15, 23, 35, 3, 74-86 contém normas sobre escrituração, contabilidade e responsabilidade dos guarda-livros e função probante dos livros comerciais que convém trazer a lume.

O art. 10 do Código Comercial assim estabelece:

“Art. 10 - Todos os comerciantes são obrigados :

- 1 - *A seguir uma ordem uniforme de contabilidade e escrituração, e a ter os livros para esse fim necessários;*
- 2 - *a fazer registrar no Registro do Comércio todos os documentos, cujo registro for expressamente exigido por este Código, dentro de 15 (quinze) dias úteis da data dos mesmos documentos (art. 31), se maior ou menor prazo se não achar marcado neste Código;*
- 3 - *a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondências e mais papéis pertencentes ao giro do seu comércio, enquanto não prescreverem as ações que lhes possam ser relativas (Tit. XVII);*

⁽⁷⁾ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo : Saraiva, 1988, 23ª Ed., 1º Vol., nº 8, p. 16.

4 - a formar anualmente um balanço geral do seu ativo e passivo, o qual deverá compreender todos os bens de raiz, móveis e semovente, mercadorias, dinheiros, papéis de crédito, e outra qualquer espécie de valores, e bem assim todas as dívidas e obrigações passivas, e será datado e assinado pelo comerciante a quem pertencer.”

O art. 11, que declara obrigatórios os livros Diário e Copiador de Cartas foi modificado, a fim abolir o uso obrigatório deste último (Decreto-lei nº 486 de 03/03/1969 - art. 11).

No art. 12 se determina a forma de escrituração do livro Diário, como segue:

“Art. 12 - No Diário é o comerciante obrigado a lançar com individuação e clareza todas as suas operações de comércio, letras e outros quaisquer papéis de crédito que passar, aceitar, afiançar ou endossar, e em geral tudo quanto receber e despende de sua ou de alheia conta, seja por que título for, sendo suficiente que as parcelas de despesas domésticas se lancem englobadas na data em que forem extraídas da caixa. Os comerciantes de retalho deverão lançar diariamente no Diário a soma total das suas vendas a dinheiro, e, em assento separado, a soma total das vendas fiadas no mesmo dia.

No mesmo Diário se lançará também em resumo o balanço geral (art. 10, nº 4), devendo aquele conter todas as verbas deste, apresentando cada uma verba a soma total das respectivas parcelas; e será assinado na mesma data do balanço geral.

No Copiador o comerciante é obrigado a lançar o registro de todas as cartas missivas que expandir, com as contas, faturas ou instruções que as acompanharem.”

O art. 13 prescreve as formalidade a que se submetem os livros obrigatórios (legalização e rubrica, hoje, a cargo das Juntas Comerciais ou dos Juízos Cíveis), preceituando o art. 14 o seu modo de escrituração, dispondo o art. 15 que tais livros não merecerão fé, se não obedecerem às formalidades.

O art. 23 estabelece a força probante dos livros mercantis.

O art. 35 inclui, dentre os agentes auxiliares do comércio os guarda-livros, fixada a responsabilidade dos comerciantes pelos atos dos guarda-livros no art. 74, determinando o art. 78 a responsabilidade dos guarda-livros e dos demais auxiliares do comércio:

“Art. 78 - Os agentes de comércio sobreditos são responsáveis aos preponentes por todo e qualquer dano que lhes causarem por malversação, negligência culpável, ou falta de exata e fiel execução das suas ordens e instruções, competindo até contra eles ação criminal no caso de malversação.”

Recorde-se que pela Lei 3384 de 28/04/1958 os guarda-livros passaram a denominar-se técnicos em contabilidade.

Anote-se, ainda, que as regras sobre escrituração foram alteradas pelo Decreto-Lei nº 486 de 03/06/1969.

Por derradeiro, cabe ainda colocar em relevo que, preceituando o art. 179 da Constituição Federal tratamento jurídico diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, a Lei nº 9.137 de 05/12/1996, art. 7º, § 1º, as dispensou de escrituração comercial quando optantes pelo SIMPLES, desde que mantenham em boa guarda e pelo prazo de prescrição de eventuais ações, um Livro Caixa, um Livro Registro de Inventário e todos os documentos que serviram de base à sua escrituração.

4.2 - A ESCRITURAÇÃO NA LEGISLAÇÃO FISCAL

Dirigida ao controle dos atos e operações dos contribuintes, a escrituração fiscal se apresenta em nossos dias da mais alta relevância.

4.2.1 - AS NORMAS DO IMPOSTO DE RENDA

Reunidas nos regulamentos do imposto de renda (o mais recente o aprovado pelo decreto 3000, de 26/03/99), as normas legais do imposto de renda sobre escrituração, vemos que nele se obriga o contribuinte sujeito à tributação pelo lucro real a escriturar os livros comerciais e fiscais (art. 251 a 276), declarada a obrigatoriedade de escrituração do livro Diário (art. 258) devendo ainda o contribuinte manter o livro Razão ou fichas que o substituam, implicando sua inexistência no arbitramento do lucro da pessoa jurídica (art. 259).

São também obrigatórios os livros fiscais de registro de inventário, registro de compras, LALUR - livro de apuração do lucro real, e outros, conforme a natureza da atividade da empresa (art. 260).

4.2.2 - OS LIVROS FISCAIS DO IPI

Também o regulamento do IPI (Decreto nº 2.637 de 25/06/1998) enumera os livros exigidos do contribuinte, em especial os Livros de Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Controle da Produção e do Estoque, além de outros segundo a natureza das atividades do contribuinte (art. 345).

4.2.3 - OS LIVROS FISCAIS DO ICMS

Legislado o ICMS em cada um dos estados da federação, tomado por exemplo o estado de São Paulo, são exigidos os livros Registro de Entradas - modelo 1; Registro de Entradas - modelo 1-A; Registro de Saídas - modelo 2; Registro de Saídas - modelo 2-A (Regulamento ICMS - Decreto nº 45.490, de 30.11.2000, art. 213).

4.2.4 - OS LIVROS FISCAIS MUNICIPAIS

Incumbindo aos municípios o imposto municipal sobre serviços, também leis municipais podem exigir a escrituração de livros fiscais próprios.

4.2.5 - A LEI DAS SOCIEDADES POR AÇÕES

Normas específicas e detalhadas sobre escrituração existem ainda na lei das sociedades por ações (Lei 6.404 de 15/12/1976), exigindo-se, como livros sociais, os referidos no art. 100:

“Art. 100 - A companhia deve ter, além dos livros obrigatórios para qualquer comerciante, os seguintes, revestidos das mesmas formalidades legais:

I - o livro de “Registro de Ações Nominativas” para inscrição, anotação ou averbação:

.....

II - o livro de “Transferência de Ações Nominativas”, para lançamento dos termos de transferência, que deverão ser assinados pelo cedente e pelo cessionário ou seus legítimos representantes;

III - o livro de “Registro de Partes Beneficiárias Nominativas” e o de “Transferência de Partes Beneficiárias Nominativas”, se tiverem sido emitidos, observando-se, em ambos, no que couber, o disposto nos n^{os} I e II deste artigo;

IV - o livro de “Atas das Assembléias Gerais”;

V - o livro de “Presença dos Acionistas”;

VI - os livros de “Atas das Reuniões do Conselho de Administração”, se houver, e de “Atas das Reuniões da Diretoria”;

VII - o livro de “Atas e Pareceres do Conselho Fiscal”.

Edita, também, regras sobre exercício social e demonstrações financeiras (arts. 175 a 188), sobre escrituração (art. 177), balanço patrimonial (grupo de contas, ativo, passivo exigível, resultados de exercícios futuros, patrimônio líquido, critérios de avaliação do ativo, critérios de avaliação do passivo, correção monetária (arts. 178 a 185), demonstração de lucros ou prejuízos acumulados (art. 186), demonstração do resultado do exercício (art. 187), demonstração das origens e aplicações de recursos (art. 188).

5 - NORMAS REGULAMENTADORAS DA PROFISSÃO DE CONTABILISTA

Identificadas duas vertentes distintas no trato da contabilidade, a Escola Européia de Contabilidade, basicamente italiana e alemã, de um lado, e a Escola Contábil Americana, vicejando esta após a grande depressão de 1929 e com o desenvolvimento extraordinário americano que a fazem dominar o cenário contábil brasileiro atual conforme esclarece MARION⁸, cabe observar que em nosso país com a criação, em 1902, da Escola de Comércio Álvares Penteado, tivemos a adoção da escola européia, sendo que a inauguração da Faculdade de Economia e Administração da USP (1946) e o incremento

⁽⁸⁾ MARION. Op. Cit. P. 42.

das multinacionais no país, com os métodos de auditoria anglo-saxões, a escola americana passou a predominar, sendo exemplo típico dessa dominação as normas da lei das sociedades por ações (Lei nº 6404/76).

Documento básico da profissão de contabilista é o decreto-lei 9295 de 27 de maio de 1946, que veio definir as atribuições do contador e do técnico de contabilidade, em seu art. 25, “verbis:

“Art. 25 - São considerados trabalhos técnicos de contabilidade:

- a) organização e execução de serviços de contabilidade em geral;*
- b) escrituração dos livros de contabilidade obrigatórios, bem como de todos os necessários no conjunto da organização contábil e levantamento dos respectivos balanços e demonstrações;*
- c) perícias judiciais ou extra-judiciais, revisão de balanços e de contas em geral, verificação de haveres, revisão permanente ou periódica de escritas, regulações judiciais ou extra-judiciais de avarias grossas ou comuns, assistências aos Conselhos Fiscais das sociedades anônimas e quaisquer outras atribuições de natureza técnica conferidas por lei aos profissionais de contabilidade.*

Obs.: “Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário inscrito no órgão de classe competente, o qual fornecerá certidão (Lei nº 7.270 de 10 de dezembro de 1984 - altera o artigo 145 do CPC).”

Não existem, no entanto, no referido diploma, normas específicas sobre a responsabilidade do contabilista, cabendo assim verificá-las em outras leis.

6 - RESPONSABILIDADE DO CONTABILISTA

Profissional encarregado das atribuições que lhe dá a lei, figura indispensável no dia a dia das empresas, o contabilista assume com frequência papel de destaque na vida empresarial, não raro se constituindo, principalmente

nas médias e pequenas empresas, em verdadeiro “alter ego” do empresário, desempenhando muitas vezes funções e assumindo riscos que extrapolam o seu campo profissional.

Como qualquer outro profissional, e ser humano que é, está sujeito a equívocos, erros e omissões, que podem, eventualmente, infligir danos a seus clientes e a terceiros, ou mesmo, incidir em figuras delituosas sancionadas por penas de restrição à liberdade.

7 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONTABILISTA

Norma geral de atribuição de responsabilidade no campo do direito civil e comercial é o art. 159 do Código Civil, que determina:

“Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1532 e 11537 a 1553.”

Assim, caso venha o profissional de contabilidade causar prejuízo a seu cliente ou a terceiro, no exercício de suas funções, deverá reparar o dano causa, geralmente através do pagamento de uma indenização por danos emergentes (prejuízo efetivo) e lucros cessantes (quanto o prejudicado deixou de ganhar).

Atente-se, no entanto, para o detalhe de que necessário é, para que se caracterize essa responsabilidade, que o dano seja causado intencionalmente (“voluntariamente” diz o Código), ou por negligência ou imprudência.

8 - O CONTABILISTA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Prestador de serviço que é, o contabilista se enquadra, na terminologia utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078, de 11 de setembro de 1990), no conceito de fornecedor (art. 3º e § 1º), respondendo assim pelos fatos do serviço (segurança) (art. 12) e pelos seus vícios (qualidade que torne o serviço impróprio ou inadequado ou que lhe diminua o

valor - art. 18), cabendo lembrar que , no caso de fato do serviço deverá ser provada pelo cliente (consumidor), a culpa do contabilista, por se tratar de profissional liberal (art. 14, § 4º).

Define ainda o art. 20 como impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente dele se esperam , bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Lembre-se, ainda, que o art. 78 do Código Comercial, já transcrito, determina também a responsabilização dos contabilistas (então “guarda-livros”).

9 - RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO CONTABILISTA

Ao contabilista se aplicam as regras do Código Penal, principalmente aquelas relativas aos crimes de falsidade, podendo ocorrer com maior frequência as figuras do artigo 299 (falsidade ideológica) e artigo 304 (uso de documento falso), devendo ainda adicionar-se o crime do artigo 305 (supressão de documentos).

De se destacar que o elemento subjetivo exigido para configuração de tais crimes é sempre o dolo, definido como o resultado que o agente quis ou assumiu o risco de produzi-lo (art. 18, inciso I do Código Penal).

10 - RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS CONTABILISTAS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Vindo a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, definir os crimes contra a ordem tributária, temos que são eles:

“Art. 1º - Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguinte condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Parágrafo Único - A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º - Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados quer permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

E o artigo 11, “caput”, dessa lei, a pena “quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorra para os crimes definidos nesta lei, incida nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Incumbindo ao contabilista a escrituração fiscal e a prática de atos ou elaboração dos documentos que poderiam vir a ser ditos tipificados na lei penal, sem dúvida nenhuma, deve cercar-se do maior cuidado e discernimento para não se ver imputado do crime.

Ressalte-se, também aqui, que o elemento subjetivo é o dolo.

11 - CONCLUSÃO

No rápido escorço que buscamos fazer, esperamos que se veja, antes de mais nada, um alerta aos que labutam na arte e ciência da contabilidade.

“ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES À OFERTA E À PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR”

Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS

Advogada e Mestranda em Direito Processual Civil - PUC-Campinas

INTRODUÇÃO

As matérias referentes à oferta e à publicidade encontram-se dispostas nos artigos 30 a 35 e 36 a 38 respectivamente, do Código de Defesa do Consumidor.

É sabido que por meio da oferta, que constitui uma manifestação unilateral de vontade, torna-se pública a intenção de contratar de alguém, assim como as principais condições que norteiam o contrato. Daí se aferir que tal expressão da vontade deve ser clara e objetiva para não dar margem a interpretações errôneas, distantes da realidade dos fatos. Isso, essencialmente com o intuito de se tutelar o direito dos consumidores, que são, quase sempre hipossuficientes¹. Sendo que, como o próprio Código de Defesa do Consumidor

⁽¹⁾ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (artigos 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 123. *O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico. É técnico. A vulnerabilidade,..., é conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc. Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção do mais “pobre”.*

salienta em todas as suas passagens, os consumidores, seja de forma direta ou indireta, devem ter seus direitos (que por muito tempo lhes foram denegados), garantidos de forma efetiva.

O Código de Defesa do Consumidor pátrio sofreu significativa influência dos direitos francês e norte-americano, assim como da Diretiva 84/450, da Comunidade Económica Europeia, de 10 de setembro de 1984.

A preocupação em se coibir os abusos provenientes do *marketing* deu origem a medidas jurídicas como a possibilidade de imputação de sanções penais e administrativas conforme o caso concreto, além de também ser objeto de análise do direito privado, na esfera contratual, que de forma alguma poderia prescindir de mecanismos de defesa de tal ordem.

A crescente complexidade das relações de consumo com envolvimento direto dos processos de publicidade comercial, voltados para um mercado de consumo de massa pede um estudo mais aprimorado da matéria e de suas vertentes para melhor tutelar os interesses dos consumidores.

A sociedade de consumo é direta e diariamente influenciada por mecanismos de persuasão manifestados das mais diversas formas, o que evidencia a necessidade e importância do trato sério e analítico da questão.

Tradicionalmente, tem-se que a oferta somente poderia se perfazer e ter existência e validade estando presentes os requisitos básicos, a saber: a coisa vendida e o seu preço, ser dirigida a seu destinatário, além de ter que ser firme. Na ausência de tais requisitos, haveria tão somente um *convite a fazer oferta*. Não obstante, mesmo no Direito Tradicional, não havia a exigência de que a referida oferta se manifestasse por meio de um contrato completo, sendo necessário pelo menos fixar a coisa e o preço, elementos indispensáveis ao negócio.

Como já salientado, a complexidade das relações sociais, mais precisamente, das relações de consumo, suscitava novos conceitos e interpretações da realidade, principalmente tendo-se em vista o fato de que, muitas vezes, ocorre o anonimato dos sujeitos responsáveis pelo *marketing*, o que dificulta a sua responsabilização.

Dessa forma, hodiernamente, tem se dispensado à publicidade um caráter contratual, o que altera significativamente o conceito de oferta, tudo para melhor tutelar os direitos do consumidor.

A oferta (no sentido do CDC entendida como *marketing*), analisada em uma realidade massificada da sociedade de consumo, mostra-se na maioria das vezes como coletiva, ou seja, tendo por princípio atingir o maior número possível de consumidores. Ela pode ser compreendida pela enorme variedade de métodos e instrumental utilizado para voltar os olhos do consumidor para os produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores. E, se tais técnicas forem suficientemente precisas, poderão servir de instrumento de transmissão de oferta vinculante. Não obstante, a falta de objetividade, individualidade e clareza são comumente os traços marcantes das ofertas que, em uma sociedade radicada no capitalismo selvagem, imperam. As lesões aos consumidores resultam em grande parte do descaso ao qual a temática do Direito do Consumidor foi relegada, o que tem sido paulatinamente alterado com o surgimento e desenvolvimento do Código de Defesa do Consumidor. A oferta e *marketing* de caráter vinculativo, desde que precisas, acabam sendo sinônimos, abrangendo a infinidade de métodos, técnicas e instrumentos que de alguma forma colocam o consumidor em contato com os produtos e serviços existentes no mercado.

Além das técnicas de indução pessoal, a oferta abrange aquelas de cunho coletivo e difuso, como as promoções de vendas e a própria publicidade, manifestações próprias do *marketing*.

Consoante lição de João Batista de Almeida², *em função do cunho protetivo que se pretendeu emprestar à nova legislação e da sedimentação jurisprudencial da matéria, o legislador acolheu integralmente a orientação pretoriana, ao dispor que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” (art. 47). O que se fazia até então, com base no entendimento dos tribunais, agora terá por fundamento a própria lei.* Importa salientar, no entanto, que tal regra, não consiste em um

⁽²⁾ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.148.

dogma, uma verdade incontestável, afinal, podem ocorrer exceções, que só com a análise do caso em concreto poderão ser detectadas.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ARTIGOS 30 A 34 - REFERENTE À OFERTA:

Conforme disposto no artigo 30 CDC: *Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.*

Esse dispositivo abrange todas as formas em que o *marketing* se manifesta, sendo assim aplicável, dentre outras matérias, à publicidade. Assim, essa norma faz menção não só à publicidade, mas também à informação, sendo que, importa salientar, que se por um lado toda publicidade veicula algum tipo de informação, por outro, nem toda informação é publicidade, o que demonstra a distinção entre os termos. A oferta, como instrumento de veiculação de mensagens publicitárias, engloba informação e publicidade. E nessa relação de comunicação, o emissor corresponde ao fornecedor, enquanto o consumidor faz as vezes de receptor, o destinatário da mensagem. Fica claro que o fornecedor tem papel ativo e o consumidor, papel passivo nessa relação, o que sinaliza para a necessidade de que o ordenamento jurídico tutele seus direitos como parte mais vulnerável.

O princípio da vinculação, explicitado e acolhido plenamente nesse dispositivo, requer a presença de certos requisitos, a saber: a exposição, que faz com que o consumidor tome conhecimento do que está sendo ofertado; a oferta (informação ou publicidade) que deve ser satisfatoriamente precisa, sendo que o simples exagero só irá vincular o fornecedor quando relacionado diretamente ao preço.

A necessidade de que o Direito seja adequado à sociedade para a qual foi pensado foi de indiscutível importância para os processos de publicidade comercial começarem a ser entendidos como fazendo parte do próprio mecanismo do contrato, o que deveria lhe garantir caráter público.

A vinculação tem o condão tanto de obrigar o fornecedor a contratar, quanto de inserir algo em contrato.

"ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES...

Para vincular o fornecedor, a informação deve ter uma precisão satisfatória, sendo que o potencial persuasivo dependerá do destinatário da oferta.

Mesmo que o Código de Defesa do Consumidor siga a regra do “prometeu, cumpriu”, existem aqueles que teimam em desrespeitá-la. Diante de tal quadro, o consumidor pode optar pelo cumprimento forçado da obrigação ou a aceitação de um outro bem de consumo, ou ainda, pode escolher a rescisão e restituição do valor já pago acrescido das perdas e danos (art. 35 CDC e artigo 6º, VII do CDC).

Apesar de ser importante para a economia de mercado, a publicidade deve ter limites. A fiscalização da publicidade tem embasamento econômico, jurídico e ético. A publicidade, que nem sempre é transparente, cria expectativas na mente do consumidor, que por serem legítimas, merecem ser tuteladas. A vulnerabilidade do consumidor, expectador passivo do anúncio, a sua boa-fé etc não podem ficar à mercê de publicidades enganosas, o que demonstra a imprescindibilidade de se responsabilizar ao menos o anunciante por aquilo que veiculou. Mesmo que não determinante, é inegável a influência que a publicidade tem sobre as decisões dos consumidores, sobre seu comportamento contratual, sendo mais significativa dentre aqueles que possuem menor poder de discernimento. E tendo em vista a alarmante realidade social brasileira, verificam-se as consequências de tal influência (na maioria das vezes) nociva na vida das pessoas.

Como ressaltado por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin³, *O consumidor é sempre e inexoravelmente um mero espectador passivo do anúncio. Não tem qualquer poder sobre ele; sua interferência no fenômeno publicitário é nula, a não ser como destinatário da mensagem, perante a qual é sujeito impotente.*

A responsabilidade civil, centrada no princípio de que a ninguém é lícito lesar direito de outrem, não poderia ignorar a publicidade e sua potencialidade em causar danos ao consumidor.

Se antes os anúncios não eram considerados como parte do negócio, e por isso não vinculantes, após o Código de Defesa do Consumidor

⁽³⁾ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 217.

passou a gerar responsabilidades nas órbitas civil, penal e administrativa em função das necessidades reais da sociedade.

Se por um lado, o nosso ordenamento permite a veiculação de uma variedade quase que infinita de propagandas de produtos e serviços, por outro, impõe aos empresários o ônus de cumprir o que prometeram e reparar as lesões que por ventura causem aos consumidores.

Importa salientar que a oferta é determinada pelo Direito.

Espera-se que a oferta destinada à pessoa determinada ou não, seja clara, precisa, transparente, que não dê margem a equívocos, demonstrando com firmeza a intenção de obrigar-se, possuindo em seu bojo ao menos as cláusulas essenciais do contrato, como o preço e a coisa. Deve conter informações corretas, claras, precisas, ostensivas (de fácil percepção) e em língua portuguesa acerca de suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Caso não se apresente com tais características, seja devidamente analisada para que se apure a responsabilidade do ofertante. A vinculação contratual da mensagem publicitária é evidenciada principalmente nos artigos 30 e 35 do CDC.

Tendo em vista as conseqüências geradas pela publicidade, como, muitas vezes, formadora de opinião, seria absurdo tratá-la como mero convite à apresentação de ofertas.

A necessidade de criar mecanismos hábeis no sentido de responsabilizar o fornecedor e obrigá-lo a cumprir aquilo que por meio de anúncio havia prometido era óbvia. O fato de a oferta não ser vinculante fazia com que o (oblato) consumidor ficasse à mercê do fornecedor (vinculando-se ou desvinculando-se conforme a sua conveniência), gerando insegurança. Uma maior vinculação e um menor poder de liberação parece ser o melhor caminho nesse sentido.

No Brasil, o fenômeno publicitário, em momento anterior às grandes alterações advindas com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, vinha sendo tratado na fase pré-contratual, sem que lhe fosse atribuída qualquer importância ao processo formativo do consenso negocial, dessa forma, não vinculante. Hodiernamente, em nosso país, a oferta é obrigatória, o que demonstra que os contornos da oferta publicitária sofreram modificações se comparados ao tratamento clássico. Reduziu-se seu grau

mínimo de precisão ou completude, não se exigindo mais a presença de todos os elementos essenciais do contrato (como detalhes sobre a coisa e o preço).

Outras alterações, como o fato de o anúncio não precisar ser inequívoco, já que o caráter equívoco, na verdade, prejudica mais o peticitante publicitário, na medida em que não é mais considerada ineficaz, e sim, vinculante como qualquer outra. No afã de melhor tutelar os direitos do consumidor, a legislação que hoje regula as relações de consumo não traz a antiga exigência de que para vincular, a oferta deveria ser “plena, completa, íntegra”.

A oferta publicitária, pelo novo tratamento legal, até mesmo constitucional, ganhou caráter de irretratabilidade. Dessa forma, é irrevogável durante o prazo fixado pelo anunciante ou outro razoável, além da imposição de um dever genérico de informação, dentre outros.

Diante da preocupação de proteger de forma ampla os interesses do consumidor, tratado como hipossuficiente, a partir da informação prestada, ou da publicidade feita, com suficiente precisão, ou com a apresentação da oferta, surge ao consumidor um direito potestativo criado pelo fornecedor. Invertem-se os papéis e o fornecedor de dono da situação passa a ter que se sujeitar às consequências de seu ato, e, havendo aceitação pelo oblato, o contrato será entendido como concluído.

O Direito do Consumidor, ou melhor, o Direito de forma geral deve tentar acompanhar as mudanças da sociedade para a qual foi idealizado, para atender ao menos de forma satisfatória as suas expectativas. Assim, não pode adotar modelos exageradamente rígidos ou preconceituosos.

Artigo 31 - A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Esse dispositivo legal diz respeito, essencialmente, à oferta não publicitária, no que tange ao dever de informar que cabe ao fornecedor sobre certos dados do produto ou serviço. O rol salientado é apenas enumerativo. Uma das formas mais eficazes de se prevenir lesões aos direitos dos consumidores é tomar medidas de prevenção para que as mesmas não cheguem a ocorrer. Assim, a informação preambular ou pré-contratual é de

suma importância. Na hipótese de o fornecedor não observar tal dispositivo, o magistrado ou a autoridade administrativa pode determinar que proceda da forma correta, independentemente da reparação e da repressão administrativa e penal.

De forma sintética e ilustrativa, é possível enumerar os elementos que devem ser observados pela oferta e apresentação, como lembrado por Luiz Antonio Rizzato Nunes⁴;

a) informações: corretas, claras, precisas, ostensivas, em língua portuguesa;

b) sobre produtos e serviços em relação às suas: características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazo de validade, origem;

Além dos riscos que apresentem: à saúde e a segurança do consumidor.

A informação se perfaz basicamente em dois momentos principais. O primeiro diz respeito a uma informação precedente, como a publicidade, ou a acompanha, como a embalagem, o bem de consumo. Consistiriam na informação pré-contratual e contratual respectivamente. Ambos, com a finalidade de incitar o consumidor à realização de um ato de consumo consentido.

A informação adequada, verdadeira, que se dá por meio da oferta é imprescindível para que a informação contratual seja efetivada da melhor forma possível para o consumidor. Importa salientar, que o dever de informar corretamente o consumidor não se limita ao fornecedor, abrangendo todos os agentes que ofereçam ou apresentem produtos e serviços no mercado. E, na falta de fabricante nacional, sendo o produto importado, o ônus de informar é do importador, assim como é do consumidor a responsabilidade de prestar informações sobre produto que teve a embalagem por ele violada com o intuito de venda a granel. Também deve ser ressaltado aqui, que a obrigação de informar *a posteriori* sobre riscos conhecidos apenas tardiamente é partilhada por todos os agentes econômicos, até mesmo pelos órgãos públicos (artigo 10, parágrafos 1º e 3º do Código de Defesa do Consumidor). Não se discute aqui

⁽⁴⁾ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. pp. 374 e 375.

a existência ou não de boa-fé daquele que deixou de informar, salvo no caso de aferição de responsabilidade subsidiária.

Cabe salientar que a Seção II constante do CDC, trata especialmente da informação pré-contratual, enquanto a contratual encontra-se disposta no Capítulo VI desse mesmo CODEX, pelos artigos 46 e 54, parágrafos 3º e 4º do Código de Defesa do Consumidor.

A lei procurou obstar a utilização de termos vagos e/ou ambíguos, imprecisos. O direito a informações completas e precisas sobre os produtos e serviços que o consumidor deseja adquirir não deve permanecer tão somente na letra fria da lei, devem ser concretizadas do mundo real para que tal garantia seja efetivada. A escolha livre do consumidor deve estar alicerçada em informações que o possibilitem aferir se aquilo que ele desejava adquirir não foge de suas expectativas. Os enganos devem ser evitados ao máximo, e a parte que possui mais condições de informar é o fornecedor, e por isso, é ele quem deve ter esse ônus.

O esclarecimento do consumidor com relação aos produtos e serviços pelos quais esteja interessado faz parte de um movimento que procura garantir o verdadeiro exercício da cidadania para os indivíduos. Isso para que ele deixe de ser o objeto que, por muito tempo, muitas vezes, se sujeitou a ser, e passe a ser um dos principais sujeitos atuante e cômico na relação de consumo. Nesse sentido, procura-se afastar a utilização de linguagem técnica ou inacessível, admitindo-se apenas informações claras, que possam ser compreendidas pelos consumidores.

Com relação à exigência da informação ter que ser prestada em nossa língua pátria, cabe ressaltar, que no caso de não existir similar em nossa língua, o fornecedor poderá utilizar a palavra estrangeira desde que a explique na medida da necessidade. Não se proíbem informações em outra língua desde que as mesmas venham acompanhadas das respectivas traduções. Muitas vezes, a utilização de outros idiomas serve a práticas condenáveis de *marketing*. O objetivo aqui não é fazer qualquer distinção entre bens brasileiros e importados, o que se procura é informar o consumidor adequadamente acerca dos produtos e serviços existentes no mercado. Tal norma comporta exceções, como por exemplo, em relação aos estabelecimentos que só vendam produtos importados, seções de importados de grandes supermercados e magazines, em razão de demonstrarem claramente o caráter especial de tal fornecimento. Outra exceção que cabe aqui mencionar

é com relação aos nomes comerciais ou marcas registradas que não precisam estar em português.

Informações como características dos produtos e serviços; qualidades dos produtos e serviços (relativas à utilidade, designando-se o fim a que o produto ou o serviço se presta além de informações sobre como agir para obter do mesmo o melhor em termos de uso e consumo) ; quantidade em geral do produto (número de unidades existentes na embalagem, seu peso líquido com a exclusão do peso da embalagem etc); composição em regra dos produtos (principalmente alimentos de todo tipo, embalados, enlatados, naturais e derivados, as bebidas, os medicamentos etc), o preço visível dos produtos e serviços (partindo-se sempre da regra de que preço só existe à vista e que não pode ser confundido com forma de pagamento. Disso se extrai, que há a possibilidade de a forma variar, porém, o preço, deve obrigatoriamente ser o mesmo que foi estipulado à vista da compra), a garantia dos produtos e serviços, os prazos de validade dos produtos e serviços, a origem , em regra para os produtos, além dos riscos dos produtos ou serviços são imprescindíveis para o bom esclarecimento do consumidor. Tal listagem pode ser ampliada, mas nunca restringida, pois isto contrariaria determinação constante do Código de Defesa do Consumidor, devendo assim, ser afastada.

Sendo veículo de *marketing*, também a embalagem não pode ser enganosa e abusiva.

Artigo 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Parágrafo único - Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei.

Consoante esse dispositivo, o fabricante e o importador possuem a obrigação de assegurar ao consumidor os componentes e peças de reposição que por ventura venha a precisar para o conserto do produto e seu necessário e constante funcionamento de forma adequada. Dessa forma, a obrigação de fornecer peças de reposição (peças e componentes) enquanto durar a fabricação do produto é do fabricante e do importador, não do simples distribuidor. Por outro lado, o dever de assistência técnica, como prestação de serviços alcança além do fabricante e do importador, também o distribuidor por ser inerente à sua atividade no mercado. Mesmo após o encerramento da

fabricação do produto ou importação, o fabricante e o importador, respectivamente, ainda têm tal dever de prestar assistência com peças e componentes, conforme prazo a ser fixado por lei, ou, na falta deste, mediante observância de prazo razoável. Em decorrência do vago sentido que se depreende da proposição “período razoável de tempo”, a solução dos casos em concreto dar-se-á caso a caso, dependendo especialmente das peculiaridades de cada um.

Artigo 33 - Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.

Este dispositivo, que é um complemento das regras dispostas nos artigos 30 e 31 trata de regramento específico de modalidades de promoção de vendas, tal o grau de vulnerabilidade do consumidor em relações de consumo como estas. O consumidor, muitas vezes, fica sem saber quem é o fabricante do produto, o que dificulta a tutela de seus interesses.

Importa salientar que a aquisição de produtos e serviços por telefone, reembolso postal, Internet, mala direta entre outras formas possui regulamentação especial disposta no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

Artigo 34 - O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

A responsabilidade do fornecedor pelos atos dos prepostos (mesmo os autônomos) é solidária, para melhor amparar o consumidor e coibir expedientes fraudulentos. Tal regra apesar de óbvia por decorrer naturalmente da natureza jurídica dos negócios de compra e venda no mercado, pareceu ser necessária aos olhos do legislador. Isso, tendo em vista o fato de os fornecedores geralmente se negarem a assumir a responsabilidade que a eles cabia em função de atos praticados por seus prepostos ou representantes autônomos.

Artigo 35 - Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;*
- II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;*
- III - rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.*

Esse artigo diz respeito à responsabilidade que advém da não observância do princípio da vinculação. A oferta somente estará satisfeita, quando cumprida a oferta. A força obrigatória da publicidade, de seu caráter vinculativo, fica aqui salientada. O sentido do dispositivo encontra-se no fato de que não se admite recusa. No caso de o fornecedor descumprir a oferta ou publicidade em razão de assim desejar ou não ter condições de cumprir o prometido, abrir-se-á para o consumidor (por meio da via amigável ou judicial), a possibilidade de optar pelo cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade, ou alternativamente e à sua escolha, aceitar um outro bem de consumo ou prestação de serviço equivalente, com complementação do pagamento ou restituição da diferença, ou ainda, rescindir o contrato, com a restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e composição de perdas e danos (artigo 35, I a III). Cabe também lembrar que se o contrato já tiver sido concluído com a omissão de algum elemento previsto na oferta ou publicidade, o consumidor poderá exigir a sua rescisão, com restituição da quantia paga acrescida das perdas e danos além de danos morais. Perdas e danos devem aqui ser entendidas como danos materiais (emergentes e lucros cessantes) e morais. O dano decorreria da negativa do cumprimento da oferta (a não-entrega ou não-prestação), não se falando em vício ou defeito, sendo que em ambas as hipóteses o consumidor está na posse do produto ou no usufruto do serviço. Dessa forma, havendo recusa, significa que o produto não foi entregue e o serviço não foi prestado. Objetivou-se com tal regra, coibir de forma imediata, que o fornecedor se recuse a cumprir a oferta, apresentação e/ou publicidade como decorrência do disposto no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme lição de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁵, *Como instituto jurídico, a oferta não tem vida própria. É o que o Direito*

⁽⁵⁾ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 1998. p. 219.

"ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES...

quer que seja e determina que é. Seus contornos, requisitos, conteúdo e efeitos são fixados pelo ordenamento.

No afã de efetivamente coibir práticas enganosas lesivas ao consumidor, além das sanções administrativas, são também aplicáveis a tais casos, as sanções penais dos artigos 66 e 67 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 7º, VII, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Com relação a anúncio transmitido em desarmonia do querer do anunciante, cumpre lembrar que, como regra geral à oferta é válida da forma em que foi veiculada, salvo se o seu destinatário (tomando-se por base o homem médio) tem consciência ou de modo razoável deveria entender que era hipótese de equívoco. Afinal, não é a vontade real do anunciante que tem o condão de obrigar contratualmente, e sim, aquilo que na realidade foi transmitido publicitariamente, o objeto do anúncio. O vínculo jurídico nasce no momento em que se transmite a oferta. Aplica-se assim, a teoria da confiança, sendo que o fornecedor, que é quem controla exclusivamente a publicidade (negócio jurídico unidirecional) é quem deve arcar com os riscos de possíveis equívocos, e não o consumidor, que é a parte vulnerável da relação de consumo e que passivamente confiou no conteúdo da veiculação.

Na medida que o anunciante opta pela oferta publicitária, que é pública, de forma direta ou indireta assume os encargos que acompanham as facilidades. Mesmo porque, há de se frisar que uma das inovações do Código de Defesa do Consumidor foi justamente a elevação da responsabilidade objetiva como regra a ser aplicada às relações de consumo (com exceções previstas em lei).

A publicidade é difusa e requer cautela e garantias, tendo-se em vista que o consumidor não pode ser lesado em função da confiança que depositou na palavra do fornecedor, ou melhor, naquilo que foi transmitido. Os riscos profissionais devem ser arcados tão somente pelo fornecedor, independente de dolo ou culpa, mesmo que exista previsão contratual em contrário.

O anúncio integra a corrente de produção e comercialização de bens que traz riscos que devem ser arcados pela parte que melhores condições possui não só para detectar, mas também para corrigir e prevenir “equívocos”.

Consoante os artigos 30 e 35 do CDC, haveria uma limitação passiva do princípio na medida em que o anunciante é quem se responsabilizaria perante as obrigações oriundas da aplicação do princípio da vinculação. A

Agência e o veículo seriam então responsabilizados tão somente em casos excepcionais, quando agissem com culpa.

2. ALGUMAS QUESTÕES RELEVANTES QUE ENVOLVEM A TEMÁTICA - OFERTA E PUBLICIDADE:

A publicidade como uma manifestação social difusa pode ser hodiernamente compreendida como inerente à sociedade de consumo. Ela encontra-se especificamente disposta no Código de Defesa do Consumidor no capítulo “Da proteção contratual”, além de incluir-se nos “Direitos Básicos do Consumidor” (artigo 6º, IV), além de ser tratada no Título II, “Das Infrações Penais”, que disciplina acerca de crimes publicitários, dentre outros, e na parte administrativa e suas sanções a temática também é abordada (artigo 56, XII).

A preocupação maior da publicidade é a de divulgar de forma direta ou indireta, uma atividade econômica (envolvendo geralmente bens e serviços). Sua meta é aproximar o produto e/ou serviço do consumidor. A obrigação de o fornecedor informar adequadamente o consumidor (artigo 31 do CDC) não significa que o mesmo tenha que efetivar tal determinação por meio da publicidade. Disso se extrai, que o fornecedor não tem a obrigatoriedade de anunciar, já que isso é um direito seu que se desenvolve por sua conta e risco. Cabe ressaltar aqui, que tal regra comporta as exceções dispostas nos artigos 10, parágrafos 1º e 2º, 56, XII, e 60 do CDC, referentes à hipótese de o fornecedor ser informado tardiamente dos riscos do produto ou serviço, e no caso de contrapropaganda, respectivamente.

A publicidade pode ser controlada de três maneiras: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado, ou por meio de um sistema misto. O último sistema foi o adotado pelo Código de Defesa do Consumidor pátrio.

Tendo em vista a grande variedade de direitos e aspectos que a publicidade alcança, não poderia esta deixar de ser regulada pelo direito. Na verdade, o que se pretende com isso é coibir a extrapolação da publicidade, além de expedientes reprováveis como a concorrência desleal e medidas direcionadas a enganar principalmente o consumidor. Sua concepção, de mera informação passou a ser a de instrumento de persuasão.

Apesar de os termos publicidade e propaganda serem utilizados como sinônimos no Brasil, não era essa a intenção do legislador do CDC. Consoante a etimologia, o vocábulo “propaganda” tem origem no latim “propaganda, do gerúndio de *propagare*, “coisas que devem ser propagadas”. Disso se extrai que a palavra relaciona-se a idéia de propagação de princípios, idéias, conhecimentos ou teorias. E, o termo “publicidade”, sinaliza para a qualidade do que é público ou do que é feito em público. Para diferenciar tais vocábulos, é possível destacar que enquanto se observa que a publicidade visa sempre o lucro, possui um conteúdo comercial para divulgar certo produto ou serviço, é paga e identifica seu patrocinador; a propaganda possui um fim ideológico, filosófico, político, econômico ou social, nem sempre é paga ou identifica o seu patrocinador, além de, regra geral não objetivar lucro. Cabe lembrar, que o Código de Defesa do Consumidor pátrio tratou apenas da publicidade em seus dispositivos.

A publicidade se constituirá em institucional ou promocional. A institucional (corporativa), se dá quando houver maior preocupação com a marca do que propriamente com o produto em si, e a promocional (do produto ou serviço), ocorre quando se almejam resultados rápidos com relação à entrada de produtos no mercado (demanda primária), ou ainda com relação à demanda seletiva, que procura salientar determinada marca em detrimento de outras. Assim, a diferença entre ambas reside no fim que cada uma persegue.

As duas fases da publicidade se consubstanciam no momento da criação e o da produção. Somente após a efetivação de tais fases é que a mensagem publicitária se perfaz. Sua criação pode ser artesanal (rara nos dias atuais), ou profissional. Cabe lembrar, que a criação publicitária não ocorre de súbito, sendo subdividida nos seguintes momentos: o do *briefing* (referente às informações e expectativas que o anunciante transmite à agência), e o da reflexão estratégica (que se dá no interior da agência com a colaboração de vários profissionais da área no sentido de elaborar a publicidade em conformidade com o que o cliente deseja), até que a criação ocorra verdadeiramente.

Em seguida à criação inicia-se a fase da produção da criação publicitária, e mais tarde, a execução da campanha.

O controle legal (artigo 170, V, da Constituição Federal), não tem por meta aniquilar as forças da publicidade, e sim, coibir seus abusos. Mesmo porque, consoante o artigo 5º, inciso XXXV da CF assegura que as lesões ou

ameaças a direito devem passar pela apreciação do Judiciário, o que inclui a publicidade.

Constata-se a existência de muitos diplomas legais que abordavam o tema da publicidade mesmo antes do surgimento do Código de Defesa do Consumidor, como por exemplo, a Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), a Lei nº 4.680/65, o Decreto nº 57.960/66, o Código de Auto-Regulamentação Publicitária de 1978, a Lei nº 4.728/65, a Lei nº 5.768/71, a Lei nº 6.463/77, o próprio Código Penal em seu artigo 283, a Lei das Contravenções Penais (artigos 42 e 20), a Lei de Economia Popular (artigo 3º, VII), a Lei nº 7.802/89 (artigos 7º e 8º), entre outros. Tais dispositivos, desde que não conflitem com o Código de Defesa do Consumidor pátrio continuam sendo aplicáveis às relações de consumo.

Não foram tão somente as relações contratuais de consumo objeto de preocupação do legislador consumerista. A tutela do consumidor abrange também a fase de expectativa de consumo (da persuasão), momento que precede as relações contratuais de consumo, ou melhor, a sua efetivação.

Vários são os princípios que norteiam e fundamentam a regulamentação das relações de consumo. São eles: o princípio da identificação da publicidade (artigo 36 do CDC), o princípio da vinculação contratual da publicidade (artigos 30 e 35 do CDC), o princípio da veracidade da publicidade (artigo 37, parágrafo 1º do CDC), o princípio da não abusividade da publicidade (artigo 37, parágrafo 2º), o princípio da inversão do ônus da prova (artigo 38 do CDC), o princípio da transparência da fundamentação da publicidade (artigo 36, parágrafo único), e o princípio da correção do desvio publicitário (artigo 56, XII).

3. APONTAMENTOS SOBRE OS ARTIGOS 36 A 38 - CONCERNENTES À PUBLICIDADE:

Artigo 36 - A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único - O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

"ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES...

Importa salientar que esse artigo foi inspirado no Direito Francês e que o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária tratou o assunto de forma similar (artigos 9º e 28).

Têm-se como lícitas tão somente as mensagens publicitárias que puderem ser imediatamente detectadas pelo consumidor de forma clara. Publicidades dúbias, na maioria das vezes, só possuem um objetivo : ludibriar seu destinatário utilizando-se de sua boa-fé. Publicidades clandestinas ou subliminares devem ser tratadas com severidade de forma a reprimi-las, tendo-se em vista o seu alto potencial lesivo. Dessa forma, o anúncio publicitário deve ser caracterizado pela clareza e possibilidade de identificação imediata do consumidor, vedando-se claramente a publicidade clandestina.

Mesmo com todo esse esforço demonstrado no sentido de expurgar os mais variados expedientes contrários ao direito, problemas como o relativo ao *merchandising* (a difusão de produtos introduzidos de forma indireta em programas e filmes) e o *teaser* (anúncio do anúncio), teimam em se manifestar. Seria uma forma de mascarar mensagens com o intuito de aliciar o consumidor a procurar por determinados produtos ou serviços de forma traiçoeira. Não obstante não haver vedação explícita do merchandising, não há dúvidas de que seus malefícios são de grande monta. Eles deveriam se adaptar aos princípios do Código como o da identificação da mensagem, transmitindo durante os créditos o aviso de que durante o programa haverá a divulgação de produtos ou serviços.

Uma outra prática publicitária é o *teaser*, que tem por finalidade preparar o mercado para a verdadeira campanha publicitária, anunciando um outro anúncio, procurando trabalhar sempre com a curiosidade do consumidor. O Código de Auto-Regulamentação Publicitária trata desse assunto em seu artigo 9º, parágrafo único. Falta a ele imediatidade, o que fere especialmente o princípio da identificação da publicidade, já que o *teaser*, na verdade consiste em uma parte da mensagem publicitária.

A liberdade de o fornecedor poder anunciar com amplitude seus produtos e serviços vem carregada da obrigação de agir com responsabilidade e de forma fundamentada.

Importa ressaltar que o ônus de dar acesso cabe ao fornecedor e não à agência, que só como exceção responde nas hipóteses de publicidade enganosa. A não observância do princípio da Transparência da Fundamentação dá azo à responsabilização civil (responsabilização independente de boa ou má

fê do anunciante), administrativa e penal (artigo 69, delito doloso, havendo necessidade de se aferir sobre a vontade do agente).

Artigo 37 - É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva

Parágrafo 1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Parágrafo 2º - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite de deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Parágrafo 3º - Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Parágrafo 4º - Vetado - Quando o fornecedor de produtos ou serviços se utilizar de publicidade enganosa ou abusiva, o consumidor poderá pleitear indenização por danos sofridos, bem como a abstenção da prática do ato, sob pena de execução específica, para o caso de inadimplemento, sem prejuízo da sanção pecuniária cabível e de contra-propaganda, que pode ser imposta administrativa ou judicialmente.

Este dispositivo tem por fim coibir a publicidade enganosa ou abusiva de forma abrangente e flexível. Assim, não se trata de vedar a publicidade, mas somente às maculadas por expedientes enganosos ou abusivos. A publicidade enganosa encontra-se também disposta nos artigos 20, 23, 24, 25, 26, 27 entre outros do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

O tratamento dispensado tradicionalmente pelo direito ao erro (CC, artigos 86 a 91) e o dolo (CC, artigos 97), e o princípio da boa-fê não era suficiente para compor todas as questões crescentemente complexas acerca

"ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES...

do tema da publicidade enganosa. As alterações legais para tentar resolver tal problemática eram imprescindíveis.

Cabe frisar aqui uma diferenciação que deve ser feita entre publicidade enganosa e falsa. A publicidade falsa é um tipo de publicidade enganosa, e uma publicidade enganosa não necessariamente será falsa. Isso se dá porque não se pode afirmar que um enunciado publicitário seja completamente verdadeiro ou falso. Uma publicidade pode ser correta, porém enganosa. A questão toda está centrada no fato de que a publicidade é fruto do potencial criativo de pessoas que utilizam os mais variados recursos (artísticos ou não), para convencer outras.

A publicidade enganosa⁶ pode se dar de forma comissiva ou omissiva. Enquanto no primeiro tipo, o fornecedor faz alguma afirmação, presta informações capazes de induzir o consumidor a acreditar em algo que não condiz com a realidade, levando-o a erro, no tipo omissivo ele deixa de transmitir algo necessário para a boa compreensão da mensagem publicitária, o que acarreta uma análise errônea da realidade por parte do consumidor. Assim, no tipo omissivo, o que induz o consumidor a erro é a falta de informações imprescindíveis para a boa compreensão da publicidade (como por exemplo, frisar que o anúncio está transmitindo tão somente uma imitação ou uma demonstração simulada) e que por isso são obrigatórias. Ambas são repudiadas pelo Código de Defesa do Consumidor por influenciarem o consumidor de forma a prejudicá-lo.

A falsidade que macula a publicidade pode ser total (todas as informações são falsas) ou parcial (nem todas as informações são falsas, mas continua sendo enganosa).

Diferentemente do campo penal, não se perquire aqui, acerca do elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa) para reprimir seu comportamento desvirtuado na análise da publicidade enganosa. Para o Código de Defesa do

⁽⁶⁾ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (artigos 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.442. Diz a lei que é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, das características, da qualidade, da quantidade, das propriedades, da origem, do preço e de quaisquer outros dados a respeito dos produtos e serviços oferecidos. Logo, o efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponda à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou, ainda, a sua garantia etc.

Consumidor o que mais importa é tutelar de forma ampla, os interesses do consumidor.

Não se exige que o consumidor tenha sido enganado concretamente pela publicidade enganosa, sendo necessário apenas, que se afira sobre a potencialidade, a capacidade de leva-lo a erro.

A respeito da publicidade enganosa (e sua efetiva indução), em outros diplomas legais, cabe lembrar do artigo 7º, VII, da Lei nº 8.137/90 (Lei da Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo).

Ao analisar a potencialidade de a mensagem publicitária induzir a erro, procurar-se-á tutelar de forma especial o consumidor mais vulnerável, verificando o anúncio sobre o prisma objetivo (conteúdo), e subjetivo (com relação ao tipo de consumidor que pode ou foi prejudicado pelo anúncio).

A mensagem deve ser analisada de forma contextual, ampla, e não meramente tendo-se em vista a sua literalidade.

O exagero publicitário, atualmente, tem recebido tratamento similar ao das outras formas publicitárias de enganar. Somente em alguns casos onde o exagero for notoriamente inofensivo, incapaz de medição objetiva (tanto que os clientes nem acreditam), com falta de precisão suficiente, que o fornecedor poderá afastar sua responsabilidade. Isso, se, de qualquer forma, mesmo sendo impreciso, não for capaz de levar o consumidor a erro ou abusar dos valores sociais, já que se isso ocorrer, o fornecedor não poderá se valer de tal defesa.

Anúncios dúbios, que admitem várias interpretações, são considerados enganosos em razão de sua potencialidade de levar o consumidor a erro.

No tratamento da temática relativa à publicidade, não se pode deixar de salientar que é necessário que se analise tanto as alegações explícitas como as implícitas. Afinal, tanto uma quanto a outra podem ser enganosas e lesionar direitos dos consumidores.

Dados essenciais gravitam geralmente em torno de informações acerca de adequação, preço e segurança, além de outros, dependendo do caso em concreto.

Assim como ocorre na oferta, onde se exige que a mesma veiculada em nossa língua pátria, se dá com a publicidade. Objetiva-se com essa obrigatoriedade, a melhor observância do princípio da veracidade.

No que tange à publicidade abusiva, há de se salientar que da forma como foi tratada pelo Código de Defesa do Consumidor pátrio, trata-se de uma inovação. O artigo 37, parágrafo 2º do CDC exemplifica algumas espécies de publicidade abusiva, sendo que em todas está presente o desrespeito a valores da sociedade, mesmo que nem sempre ocorra prejuízo econômico ao consumidor, o que a diferencia da publicidade enganosa. Também cabe lembrar, que pode ocorrer uma publicidade ser abusiva mas não enganosa, assim, mesmo dentro do requisito de veracidade, pode acabar sendo proibida em decorrência de prejudicar os interesses dos consumidores.

A publicidade abusiva encontra semelhanças com a concorrência desleal no âmbito do direito do consumidor. O conceito de publicidade enganosa ainda não está solidificado, costuma-se dizer que o que não for enganoso é abusivo, ou então que abusivo seria aquilo que fosse ofensivo à ordem pública, o que não é ético, entre outras considerações.

São exemplos de publicidade abusiva: a discriminatória, a exploradora do medo ou superstição, a que incite à violência, a publicidade antiambiental, a publicidade que induz à insegurança, a publicidade dirigida aos hipossuficientes (exemplo: idosos e crianças), entre outros.

No que tange à publicidade comparativa, deve-se salientar que a mesma não foi proibida pelo Código de Defesa do Consumidor pátrio. Desta se exige a observância, assim como para qualquer outra modalidade de publicidade, principalmente, dos princípios publicitários básicos da não-abusividade e da veracidade.

A não proibição no sentido de que a publicidade comparativa seja veiculada não significa que seja permitido que o anunciante ofenda pessoalmente seu concorrente de forma leviana, sem provas. Assim, a comparação deve gravitar em torno de elementos essenciais e verificáveis com exatidão, com objetividade. Isso, para que essa modalidade de publicidade não se torne mais um instrumento para que o abuso e a enganosidade sejam perpetrados nesse meio.

A publicidade referente a produtos como o tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, em decorrência do grande potencial de lesividade para toda a sociedade devem ser especialmente analisadas. Em decorrência disso, tais matérias foram tratadas constitucionalmente (artigo 220, parágrafo 3º, II; parágrafo 4º), e pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 102, *caput*, do CDC), quando o tratamento administrativo dessa for

insatisfatório e necessitar de atuação mais rigorosa do Poder Público. Aqui deve ser lembrado que uma publicidade, mesmo quando dentro dos parâmetros da Lei nº 9.294/96 e do Decreto nº 2.018, de 1.10.96, pode vir a ser considerada enganosa ou abusiva por não observar devidamente os princípios constitucionais ou consumeristas.

A responsabilidade pelos desvios da publicidade normalmente recai sobre o anunciante ou a quem o anúncio beneficia, e em casos excepcionais, pode ter que ser arcada pela agência e pelo próprio veículo.

Enquanto a responsabilidade do anunciante, civilmente analisada, é objetiva em relação à publicidade enganosa e abusiva, a agência e o veículo serão responsabilizados apenas quando atuarem com dolo ou culpa.

A contrapropaganda, (que deveria ser denominada de contrapublicidade), tem como finalidade combater a publicidade enganosa ou abusiva revelando a realidade do que foi veiculado (a falsa imagem), mesmo que esta já não esteja mais sendo veiculada. Afinal, mesmo após a cessação de sua veiculação, ela continua surtindo efeitos, na medida em que passa a fazer parte da memória das pessoas, ou até mesmo de seus arquivos pessoais (na hipótese de tratar-se da mídia impressa, como jornais, malas diretas etc), para eventual utilização em compra futura. A contrapropaganda encontra previsão expressa, como pena no artigo 56, inciso XII do CDC c/c artigo 60 do mesmo CODEX.

Artigo 38 - O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Este artigo refere-se ao princípio obrigatório da inversão do ônus da prova na publicidade. Importa lembrar, que o tema da inversão do ônus da prova também é tratado no artigo 6º, VIII⁷, do Código de Defesa do Consumidor.

É desnecessário que o magistrado se manifeste sobre a inversão do ônus da prova de que trata o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor,

⁽⁷⁾ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código do Consumidor: direito material (artigos 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.p. 122-123. ...na hipótese do artigo 6º, VIII, do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor. Vale dizer, deverá o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.

já que a aplicação da mesma independe de sua vontade. Procura-se com isso, que a publicidade observe os princípios da veracidade e da correção entre outros que objetivam tutelar os interesses do consumidor resguardando-o de esquemas abusivos, mensagens dúbias e mal fundamentadas. Assim, o ônus de provar que a mensagem publicitária observou os princípios da veracidade (não-enganosidade) e correção (não-abusividade) ficam ao encargo do patrocinador da publicidade, o fornecedor-anunciante. No que tange à agência e ao veículo, ambos, arcarão também com o ônus de provar a veracidade e a correção da informação ou comunicação publicitária nas hipóteses em que forem responsáveis solidários do anunciante.

Em função de tal dispositivo, afasta-se do consumidor a incumbência de provar que as afirmações feitas na mensagem publicitária faltam com a verdade. Consoante se depreende da leitura do artigo 36 do CDC, a determinação de obrigação de guarda dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem pretende não só proteger o consumidor contra anúncios enganosos e abusivos, como também proteger o anunciante, no caso de o mesmo ter que provar o que fala e apresenta na publicidade. Assim, se o fornecedor não cumprir tal regra, terá grande dificuldade de se desincumbir do ônus de provar a veracidade e a correção da mensagem publicitária da qual é responsável.

CONCLUSÃO

Em razão da crescente complexidade das relações humanas, e, mais precisamente, das relações de consumo, o tratamento legal dispensado à oferta e publicidade (Código Civil, art. 1.087, e Código Comercial, artigos. 121 e s.) precisou ser revisto e alterado no afã de que ficasse mais adequado à nova realidade social.

O consumidor brasileiro necessitava com urgência dispor de tutela normativa efetiva para tutelar seus interesses. O Código de Defesa do Consumidor, apesar de todos os questionamentos que suscita, representa, sem dúvida alguma, um grande avanço e um desafio de nossa era. O CDC pátrio tutela não apenas o consumidor efetivo, mas também o consumidor potencial, propenso a consumir ou exposto à oferta, como se extrai da leitura de seu artigo 29.

O fato de a publicidade deixar de ter um caráter simplesmente informativo para influir na vida do cidadão de forma tão significativa a ponto de alterar-lhe hábitos e ditar-lhe comportamento demonstra que a mesma não pode ser relegada ao descaso pelo Direito. Ela consiste hodiernamente em um mecanismo com grande capacidade de influenciar o consumidor nas relações de consumo, especialmente nos momentos do convencimento e de decisão de consumir. E, todos os dias, o consumidor é induzido a consumir, envolvido pelas tramas pegajosas da publicidade de massa, muitas vezes sem ao menos ter consciência disso, de sua vulnerabilidade, suscetibilidade, diante, principalmente dos grandes meios de comunicação com “seus mundos de fantasia” vendidos em “leves parcelas” que o ludibriam de forma tão profunda que chegam a modificar suas escolhas.

Consoante dispositivo legal, aquele que detém o monopólio da informação tem o ônus de informar, sendo que este dever de informar do fornecedor é absoluto, como pode ser constatado pela leitura do artigo 6º, III do CDC. É o fornecedor quem faz a oferta na intenção de apresentar, lançar, divulgar ou vender um produto ou serviço. Em decorrência disso foi normatizado que além de responsável pela oferta feita de forma direta, o fornecedor responde de forma solidária por aquela feita por seus empregados, agentes e representantes, inclusive os autônomos, que em nome dele atuaram (conforme artigo 34 do CDC).

Em se tratando de relações de consumo, a oferta consiste em todas as propostas de fornecimento de produto ou serviço, por meio de apresentação, informação ou publicidade no intuito de criar interesse no consumidor em potencial a ponto de torná-lo cliente. E, a publicidade é um instrumento utilizado para que a oferta seja veiculada, sujeitando-se por isso, aos mesmos requisitos e regime de responsabilização (artigos 30, 35, 36, 37 e 38 do Código de Defesa do Consumidor). Todo tipo de publicidade deve respeitar a dignidade humana de forma global, a escolha livre e consciente dos indivíduos, pois seria absurdo que o Direito admitisse qualquer tipo de atividade contrária a essa determinação. Na medida em que a oferta atua em momento anterior à concretização do ato de consumo, influenciando o consumidor, é imprescindível que as informações veiculadas sejam completas e adequadas para que o consumidor tenha seu direito de livre escolha verdadeiramente assegurado.

Tendo-se em vista todo o mal, seja potencial ou efetivo, que a publicidade enganosa ou abusiva pode vir a causar ou causa aos consumidores, coibi-la é medida que se impõe. Mesmo porque, não se pode fugir do princípio

"ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES...

que norteia todo o Código de Defesa do Consumidor como subsistema autônomo, que é o de tutelar de forma ampla os interesses do consumidor tido como hipossuficiente nas relações de consumo.

BIBLIOGRAFIA

GRINOVER, Ada Pellegrini, e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor; Comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A Publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor: Importante capítulo do direito econômico*. In: Defesa do Consumidor: textos básicos. Brasília: Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1987.

BULGARELLI, Waldirio. *Publicidade enganosa: aspectos da regulamentação legal*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 24, nº 58, abr./jun. 1985.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LA CONCEPCIÓN DE LA CONCIENCIA COMO EJE DEL PROCESO EVOLUTIVO EN PIERRE TEILHARD DE CHARDIN

Gloria Margarita Comesaña SANTALICES*

Pedro Antonio Zambrano FONTALVO**

RESUMEN

Refiriendo el pensamiento de Teilhard al de otros pensadores, en lo concerniente al concepto de conciencia, pasamos luego al intento de demostrar que ésta se encuentra según nuestro autor en el eje mismo del proceso evolutivo, puesto que un quantum de conciencia se haya siempre presente, guiando desde el comienzo dicho proceso, hasta llegar, en virtud de la Ley de Complejidad - conciencia, a su nivel máximo de realización en el Punto Omega.

Palabras clave: conciencia, evolución, complejidad, Omega.

El tema de la Conciencia dentro del pensamiento teilhardiano se puede ubicar a lo largo de todas sus obras, destacándose, entre otras, *El Fenómeno Humano*, *El Porvenir del Hombre*, *la Activación de la Energía*.

Una cosa que nos llama poderosamente la atención, es precisamente el título de las obras de Teilhard de Chardin. Si normalmente los títulos son las palabras o frases que manifiestan el asunto de que trata la obra, os de

(*) Doctorado en Ciencias Humanas. Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela.

(**) Seminario Mayor Arquidiocesano Santo Tomás de Aquino, Maracaibo, Venezuela.

Teilhard son especialmente sugestivos, evocadores de un pensamiento con visos de utopía pero fundado en la ciencia, y al mismo tiempo arraigado en las posiciones más progresistas de la filosofía y la teología cristianas de su tiempo. Nos parece conveniente definir primero cuál es el sentido en que Teilhard de Chardin maneja el concepto de conciencia, y tratar de determinar qué elementos toma de los autores que forman parte de la gran cadena de los conceptos de conciencia formulados a lo largo de toda la Historia de la Filosofía. Por otra parte, deseamos establecer cuáles son las repercusiones que tiene en el ámbito de la conciencia, la activación o no, de una energía cuyo concepto también hemos de precisar. ¿Será posible que la conciencia, al igual que la energía pueda ser puesta en marcha, pueda moverse, excitarse, avivarse, es decir, pueda ser activada?

Para lograr el objetivo de nuestro trabajo, nos parece conveniente comenzar por definir el concepto de conciencia. Es importante destacar aquí que Teilhard de Chardin a lo largo de su pensamiento intenta conciliar y sintetizar los datos de la biología y la doctrina cristiana en una interpretación evolucionista y personalista del universo, del ser humano y de la historia. En este sentido, concebía el universo como una totalidad orgánica en perpetua evolución, y a toda la evolución como un proceso de hominización, considerando que la materia inanimada, la “pre-vida” se vitaliza, y la vida se hominiza para dar lugar a la aparición del espíritu, es decir, la noosfera, a través de la cada vez mayor complejidad del sistema nervioso y del psiquismo humano, que es la flecha de la evolución.

En el mundo de la reflexión grecorromana aparece por vez primera una palabra técnica y específica para designar el fenómeno de la conciencia: la *syneidesis* griega o el latín *conscientia*. El término *syneidesis* viene de *syneidai*: tener conciencia de sus propios actos, que significa además: saber con otro, ser testigo, confidente o cómplice de una misma cosa. De aquí se pasó a: saber consigo mismo, expresando la autorrelación cognoscitiva del hombre, el conocimiento reflexivo. En cuanto a la palabra latina *conscientia* se deriva de *cum*: con y *scientia*: conocimiento, por lo que remite a un cierto saber con.

Por su etimología, conciencia es pues el saber algo dándose uno cuenta de que sabe, o bien el tener una experiencia advirtiendo el sujeto que la tiene. La etimología de la palabra apunta ya, por tanto, a la principal característica del concepto: la *reflexión*, que nos interesa particularmente en el presente trabajo. Por otro lado la intencionalidad y la identidad vienen a

complementar esta trilogía de características. Sosteniendo la intencionalidad que todos los hechos de conciencia poseen y manifiestan una dirección u orientación hacia un objeto, y por su lado la identidad, que el sujeto se comprende como un sí mismo permanente a través de todos los cambios.

Ferrater Mora, en su *Diccionario de Filosofía*, define la conciencia como “percatación o reconocimiento de algo, sea de algo exterior, como un objeto, una cualidad, una situación, etc., sea de algo interior, como las modificaciones experimentadas por el propio yo.”¹

La historia de la filosofía y del pensamiento ha visto en la conciencia el momento importante de la representación de objetos, o el fenómeno del conocimiento, por lo que los principales enfoques de la conciencia van a la par con cuestiones fundamentales de las diversas teorías del conocimiento.

El problema entre los griegos no va a tener mucha importancia. Serán sólo Sócrates, Platón y Aristóteles quienes darán aportaciones al respecto. Sócrates expresa una confianza absoluta en la capacidad racional del ser humano, considerando que éste está en condiciones de hallar la verdad y que para hallarla debe conocerse a sí mismo. Platón alude solamente a aquella capacidad de captar las características de los objetos a través de los sentidos para ser llevadas a la mente, a lo que él llama el alma racional. Por su parte, Aristóteles, aunque no elaboró una Teoría del Conocimiento, nos presenta dentro de su dualismo, a la realidad como inteligible en la medida en que se accede a la esencia de la sustancia, que a su vez es sujeto de propiedades accidentales. Otro filósofo digno de mención es Plotino, quien distingue varias modalidades de conciencia, concediéndole a ésta un papel más activo en el conocimiento.

La Patrística y los escolásticos medievales desarrollan el tema de dos modos fundamentales. En la línea platónica, San Agustín interpreta la conciencia, desde su filosofía de la intimidad, como capacidad psíquica del hombre, caracterizada sobre todo por la auto-certidumbre. En la línea aristotélica, el autor más notable es Santo Tomás de Aquino, quien distingue entre el conocimiento como facultad cognoscitiva, los hábitos que lo perfeccionan y la conciencia como acto reflejo.

⁽¹⁾ Ferrater Mora, José: *Diccionario de Filosofía*. Tomo I. Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 1969. p. 322.

En la Edad Moderna se inaugura una nueva etapa en el tratamiento del problema de la conciencia. Dejando de lado las primeras apelaciones de la misma, entendida como conocimiento auto-reflexivo incluido en el “conócete a ti mismo”, de Sócrates, o el “diálogo del alma consigo misma”, de Platón, o la distinción entre “hombre exterior” y “hombre interior”, y hasta el “maestro interior”, de Agustín de Hipona, la consideración del tema de la conciencia, adquiere con Descartes la forma con la que después será aceptada universalmente en la filosofía occidental.

El *cogito ergo sum* es, en efecto, la garantía que tiene el ser pensante como conciencia de su propia existencia. No es un hecho o un grupo de hechos particulares, ni un aspecto particular o una actividad particular del alma, sino la vida espiritual del hombre en todas sus manifestaciones del sentir, del razonar y del querer.

En el hecho de pensar se nos muestra, por intuición o por razonamiento inmediato, que existimos. Ésta es la primera verdad que el método de la duda cartesiana permite hallar: de la inmediatez de la propia conciencia o subjetividad, se pasa inmediatamente al conocimiento de la existencia de la misma. Conocida según Descartes la propia existencia, como verdad primera y fundamental, se somete a análisis, primero la razón por la que se acepta como verdadero que «pienso, por tanto existo», y luego, la conciencia misma de pensar, con lo que el sujeto se conoce como sustancia pensante. Por ello, concluye Descartes señalando: “De manera que, tras pensarlo bien y examinarlo todo cuidadosamente, resulta que es preciso concluir y dar como cosa cierta que esta proposición yo soy, yo existo, es necesariamente verdadera, cuantas veces la pronuncio o la concibo en mi espíritu.”²

Descartes acentuó el dualismo cuerpo-alma al distinguir radicalmente la sustancia pensante (*res cogitans*) de la sustancia extensa (*res extensa*), lo cual conduce a la necesidad de explicar la relación entre ambas. Al respecto, en un intento de solución señala: “Me enseña también la naturaleza, mediante esas sensaciones de dolor, hambre, sed, etcétera, que yo no sólo estoy en mi cuerpo como un piloto en su navío, sino que estoy tan

⁽²⁾ Descartes, Renato: *Meditaciones metafísicas con objeciones y respuestas*. Alfaguara, Madrid. 1977. p.24.

íntimamente unido y como mezclado con él, que es como si formásemos una sola cosa.”³

Para Hannah Arendt quien en su obra *La Condición Humana*⁴ dedica al menos tres párrafos al *cogito* cartesiano y al aporte de Descartes a la Modernidad, la esencia de la *cogitatio* cartesiana reside en la introspección, es decir en el puro interés cognitivo de la conciencia por su propio contenido, con lo cual la filosofía moderna constata que el ser humano lleva su certeza dentro de él, quedando fuera de toda duda razonable la realidad de los procesos que se dan en la mente. “Puesto que incluso los sueños son reales”, dice Arendt, “ya que presuponen un soñador y un sueño, el mundo de la conciencia es bastante real”⁵

En la filosofía contemporánea, la etapa más importante en la consideración de la conciencia nos parece ser la fenomenología de Husserl. También aquí es la mente la que encuentra la verdad en sí misma, distendiendo, metódicamente, los hilos intencionales que la amarran al mundo. Al igual que para Descartes, también para Husserl, la conciencia es conciencia de algo. Husserl parte del *cogito* cartesiano, es decir, de la consideración de las vivencias. Formula como noción clave la de intencionalidad, que no es sino el referirse el acto de conciencia a otro (al objeto), a algo que no es dicho acto de conciencia.

En relación a la intencionalidad expresa Husserl textualmente en sus *Meditaciones Cartesianas*: “También se llama intencionales a estas vivencias de la conciencia, no significando en tal caso la palabra intencionalidad sino esa propiedad universal y fundamental de la conciencia de ser conciencia de algo, de llevar en sí misma, en cuanto cogito, su *cogitatum*.”⁶

Cuando habla de la intencionalidad, Husserl se refiere a la “teleología de la conciencia”, de modo que toda conciencia es siempre conciencia de algo, y distingue entre noesis y noema: noesis como el hecho mental o la vivencia, y noema como el contenido de este hecho, pensamiento o vivencia; la intencionalidad, a su vez, es la correlación (eidética) entre noesis y noema. Estos puntos de vista de Husserl revisten gran importancia en cuanto quieren ser una superación de la distancia y distinción que existe entre sujeto y objeto

⁽³⁾ Ibid. p. 68.

⁽⁴⁾ Arendt Hannah: *La Condición Humana*. Ed. Piados, Barcelona, 1993.

⁽⁵⁾ Ibid. p. 307.

⁽⁶⁾ Husserl, Edmund: *Meditaciones cartesianas*. Ediciones Paulinas, Madrid, 1979. p. 77.

en las teorías clásicas del conocimiento, siendo la intencionalidad de la conciencia el punto de fusión entre uno y otro.

Después de este sucinto recorrido por algunas de las concepciones de conciencia a lo largo de la Historia de la Filosofía, podemos abordar la visión teilhardiana de la misma. Debemos ante todo señalar que su concepción de la conciencia no difiere mucho de las de su tiempo, particularmente en su vertiente fenomenológico-existencial, aunque debemos destacar que la importancia crucial que nuestro autor concede al proceso evolutivo, marca radicalmente su percepción de la conciencia, imprimiéndole un valor fundamental que hace de ella el eje de la evolución. En efecto, basta recordar la Ley de complejidad-conciencia, según la cual la materia evoluciona hacia estados cada vez más centrados y complicados, hacia lo que Teilhard llama el *Infinito de Complejidad*, cuyo efecto o propiedad específica es la conciencia. Y esta conciencia hay que leerla en términos de interiorización y centración.

Nada de esto encontramos ni en los autores clásicos o modernos ni en los autores contemporáneos que manejan esta temática, y mucho menos en la escuela fenomenológica o existencialista, de la cual nuestro autor nos parece cercano. Lejos de esta vertiente, que analiza la conciencia como algo estable, no como una sustancia, sino como una actividad, la idea teilhardiana de un “quantum de consciencia” que desde el principio se encuentra en el mundo natural, a partir del cual se transforma, como elemento motorizador de toda evolución, hasta llegar, por complejidad y centración, a la conciencia humana tal como la estudiamos.

Así pues, para Teilhard, la conciencia implica la idea de repliegue y estrechamiento de un ser sobre sí mismo. “Y ahora, cuando decimos “consciencia”, expresamos, al mismo tiempo, y no menos inevitablemente, la idea de repliegue y de estrechamiento de un ser sobre sí mismo[...]. Es estar centrado interiormente.”⁷.

Previamente, en *El Fenómeno Humano* define a la conciencia como reflexión, explicándola en los siguientes términos:

Desde el punto de vista experimental que utilizamos, la Reflexión, tal como lo indica su nombre, es el poder adquirido por una

⁽⁷⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *La activación de la energía*. Ediciones Taurus, 2da. Edición, Madrid, 1967. pp. 33-34.

conciencia de replegarse sobre sí misma y de tomar posesión de sí misma como de un objeto dotado de su consistencia y de su valor particular; no ya sólo conocer, sino conocerse; no ya sólo saber, sino saber que se sabe. Gracias a esta individualización de sí mismo en el fondo de sí mismo, el elemento vivo, (...) se halla constituido, por vez primera, en centro puntiforme en el que todas las representaciones y experiencias se entrelazan y se consolidan en un conjunto consciente de su organismo.”⁸

Se hace pues evidente lo que mencionamos anteriormente: cuando Teilhard menciona el término conciencia nos remite necesariamente a la idea de complejidad. Son pues, la conciencia y la complejidad, dos facetas del mismo fenómeno. Existe una proporción directa entre la complejidad de la materia y el acceso a la conciencia. Esta es una de las tesis más caras al pensamiento de Teilhard. Cuando la materia se organiza de modo más complicado, crece su grado organizacional como vida y por ende su interioridad y su grado de conciencia.

Además para nuestro autor, la conciencia está desde el principio implicada en la evolución. Así, nos habla en *El Fenómeno Humano* de un “quantum inicial de conciencia contenido en nuestro mundo terrestre”⁹, corroborando lo que ha señalado en páginas anteriores de la misma obra, al indicar muy claramente que: “una cierta masa de conciencia elemental se halla aprisionada en los orígenes, dentro de la materia terrestre”¹⁰ E insiste en ello al señalar, más adelante, que sustancias como las proteínas, que los científicos consideran “muertas”, “serían incomprensibles si no poseyeran ya, en su más íntimo interior, alguna psiquis rudimentaria.”¹¹

Una vez que el ser humano comienza a reflexionar sobre estos temas no deja de pensar en el problema de la aparente oposición que existe entre el Espíritu y la Materia, oposición ésta que a partir de la idea de continuidad, se resuelve para Teilhard en un ascenso, es decir, en elevación hacia un mayor nivel de conciencia en el Universo.

Siendo Teilhard evolucionista, considera lo inanimado como una “pre-vida”, una materia que encierra en sí la posibilidad segura de evolucionar

⁽⁸⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *El Fenómeno Humano*. Ediciones Taurus, Madrid, 1965. p. 201.

⁽⁹⁾ Ibid. p. 92.

⁽¹⁰⁾ Ibid. p. 90.

⁽¹¹⁾ Ibid. p. 97.

hacia la vida. ¿Cómo podría por tanto, aun siendo un científico, desinteresarse de lo que el hombre tiene de espiritual?; ¿del escalón superior como indica el biólogo Paul Chauchard?¹²

Es cierto que Teilhard no pretende hacer filosofía, pero también dice en su síntesis que lo que le revela la contemplación de la evolución biológica, es un “interior de las cosas”, la conciencia, cuya dimensión biológica percibe, sin pretender explicarla científicamente, ya que no es neurofisiólogo. Es en este sentido que las tesis teilhardianas sobre “el interior de las cosas”, “la conciencia” en cuanto a su dimensión biológica, apelan a la explicación del neurofisiólogo y del biólogo, sigue diciendo Chauchard. En nuestro lenguaje actual ese llamado configuraría un equipo interdisciplinar que intentaría dar razón de los diferentes aspectos del proceso evolutivo, en este caso en su dimensión materia-espíritu. Contra esta posición de nuestro autor se inscribe la protesta constante de los científicos: El interior no concierne a la ciencia, el interior es espiritual, psíquico, y los físicos rechazan este antropomorfismo ingenuo que parece otorgar una conciencia a lo inanimado. ¿Volveríamos entonces al animismo?

Según la interpretación realizada por el francés Georges La Fay en su libro *Teilhard de Chardin*¹³, la hipótesis de Teilhard parte de la convicción de que la materia debe estar compuesta por un “fuera”, que viene a ser referencia a una exterioridad, a la materia que conocemos, y de un “dentro”, ese quantum inicial de psiquismo que en el hombre aparece bajo la forma de conciencia reflexiva.

Teilhard se explica acerca de este interior, acerca de esta conciencia. En *El Fenómeno Humano* muestra perfectamente su aspecto científico, desarrollando su origen desde una perspectiva histórica. Con el transcurso del tiempo nos dice, aparecieron seres cada vez más complejos, no por ser poseedores de mecanismos cada vez más complicados, sino complejos, porque son cada vez más ricos y cargados de organización, porque son cada vez más centrados, es decir, unificados e integrados.

⁽¹²⁾ Chauchard, Paul: *El ser humano según Teilhard de Chardin*. Editorial Herder, Barcelona, 1966. Afirma Chauchard que: “Teilhard ve el mundo como paleontólogo, y porque comprende el sentido del pasado puede profetizar el futuro, pareciéndose en cierto modo al “profeta bíblico”, p. 56.

⁽¹³⁾ La Fay, Georges: *Teilhard de Chardin*. Ed. Columba, Buenos Aires, 1968.

Este doble movimiento conjugado de enrollamiento físico y de interiorización (o centración) psíquica, una vez comenzado, prosigue y se acelera. Esta fuerza de COMPLEJIDAD - CONCIENCIA desemboca en la formación de corpúsculos cada vez más organizados.

En este sentido, en *El Porvenir Del Hombre* Teilhard nos dice lo siguiente: “Por <<complejidad>> de una cosa entendemos, si ustedes quieren, la cualidad que esta cosa posee de hallarse formada: 1. Por un número mayor de elementos 2. Más estrechamente organizados entre sí.”¹⁴

Por su parte, en *Direcciones del Porvenir*, puede leerse:

Propagándose a contra-corriente a través de la Entropía, hay una afluencia cósmica de la Materia hacia estados de agregación más centro-complicados (y ello en dirección de un “tercer infinito”, el *Infinito de complejidad*, tan real como lo Infinito y lo Inmenso). Y la conciencia se presenta experimentalmente como el efecto o propiedad *específica* de dicha Complejidad llevada hasta valores extremos.¹⁵

La materia pues, evoluciona hacia la constitución de cadenas de unidades que, además de ser más numerosas son más organizadamente establecidas y centradas, por lo cual, en el lenguaje teilhardiano, vienen a ser cada vez más complejas, es decir, con un índice de conciencia cada vez mayor.

Finalmente el ser humano aparece por mutación, pero esta mutación es diferente de todas las otras porque permite, superado un umbral crítico, un desarrollo extraordinario, al aportar al animal-humano la conciencia, que al ser consciente de sí misma, es decir, al saber que sabe, como ya dijimos anteriormente, le constituye precisamente en su humanidad, lo hominiza.

Estamos hablando entonces de la aparición de la reflexión, o mejor dicho, de la conciencia reflexiva. La reflexión, dice Hubert Cuypers “es la característica de la conciencia del hombre de replegarse sobre sí misma y de darse cuenta, por ello, de la significación y de los alcances de su pensamiento y de su acción.”¹⁶

⁽¹⁴⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *El porvenir del hombre*. Ediciones Taurus, Madrid, 1965. p. 130.

⁽¹⁵⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *Direcciones del Porvenir*, citado por Sahagún, Juan y Hernández, Lucas en: *Teilhard de Chardin (1881-1955)*. Ediciones del Orto, Madrid, 1996.

⁽¹⁶⁾ Cuypers, Hubert: *Vocabulario Teilhard*. Editorial Columbia, Argentina, 1968. pp. 111-112.

Podríamos ahora preguntarnos por la causa última de la emergencia de la conciencia como reflexión. Tratándose en el caso de Teilhard de un evolucionismo dirigido y con sentido, es evidente que las sacudidas o saltos críticos que conducen a la conciencia humana, se producen gracias a la atracción siempre creciente y finalmente exclusiva del punto Omega, que según expone en *El Fenómeno Humano* “no puede ser otra cosa que un *Centro distintivo que irradia en el corazón de un sistema de centros*”.¹⁷

Líneas más abajo reitera la importancia decisiva de Omega en el despliegue del movimiento evolutivo al indicar que la agrupación o personalización del Todo y las personalizaciones elementales se producen “bajo la influencia de un foco de unión supremamente autónomo” que no es otro que Omega.¹⁸

Queremos pasar a continuación a tratar más detalladamente el tema de la relación materia-espíritu en la obra de Teilhard de Chardin y compararlo con el tratamiento que hace Descartes de las relaciones cuerpo / alma.

Descartes como sabemos, acentuó nuevamente el dualismo al distinguir radicalmente la sustancia pensante (*res cogitans*) de la sustancia extensa (*res extensa*), distinción que conducía a la necesidad de explicar la relación entre el cuerpo y el alma, es decir, entre la extensión y el pensamiento.

Para Descartes la relación viene a ser casi imposible e inexplicable, ya que concibe el cuerpo como una máquina, pero, en cuanto que el hombre posee estados mentales, afirma también que está dotado de un alma mental. El mundo exterior la *res extensa*, no es algo de naturaleza espiritual, ni mucho menos forjado por el yo consciente, por lo que debe explicarse de algún modo el influjo causal de lo espiritual sobre lo material. Descartes no aportó nunca una solución completamente satisfactoria. De todos es sabido que su planteamiento deja abierto, entre otros, el problema de la comunicación de las sustancias. Sostiene, con cierta timidez, que la comunicación se efectúa a través de la “glándula pineal”, pero con ello sigue en pie el problema de la comunicación.

Teilhard de Chardin defiende una posición muy diferente a la de Descartes al afirmar que la Materia es la Matriz del Espíritu. Aquí no hay para

⁽¹⁷⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *El Fenómeno Humano* Op. cit., p. 317.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*.

nuestro autor dos sustancias que se oponen. Materia y espíritu no son dos realidades totalmente desiguales o contrarias. Al respecto afirma, “Materia y espíritu no son dos cosas heterogéneas o antagónicas, acopladas accidental o violentamente.”¹⁹

Adquiere entonces el tema Materia - Espíritu en Teilhard de Chardin una visión dinámica: el espíritu nace en la materia, que es la matriz del espíritu. Espíritu y materia son ciertamente distintos pero como las dos caras de una misma energía. Materia y Espíritu son así para nuestro autor como el punto de partida y el punto de llegada de un mismo movimiento, “...,como las dos caras de un mismo objeto o, mejor todavía como los dos términos “ad quo” y “ad quem” de un mismo movimiento.”²⁰

Como vemos pues, a Teilhard de Chardin le preocupa el poder salvar las distancias, le apasiona la posibilidad de descubrir un punto de conexión entre el Espíritu y la Materia. Sencillamente porque éste es un tópico, que a lo largo de toda la historia de la filosofía ha constituido un reto para los más notables pensadores. Teilhard no podía permanecer impasible ante este planteamiento tan relacionado con el tema de sus trabajos. No podía dejar fuera de su de su concepción del mundo (*Weltanschauung*), este tema crucial de la filosofía.

En ningún otro lugar se nos presentan más crudamente las dificultades en las que aún nos hallamos para agrupar, dentro de una misma perspectiva racional, Espíritu y Materia. Así como tampoco en ningún otro lugar se manifiesta más tangiblemente la necesidad urgente de tender un puente entre los dos orillas, física y moral, de nuestra existencia, si queremos que se animen mutuamente las dos facetas, espiritual y material, de nuestra actividad.²¹

Podríamos preguntarnos: ¿cuál es el “lugar” de que habla aquí Teilhard, cuál es el lugar donde más “crudamente” se presenta la dificultad para agrupar Espíritu y Materia?. Su respuesta nos remite a la noción de *energía espiritual*, oscura para los científicos, aunque familiar para el autor. La ciencia, como ya señalamos, cómodamente ignora esta cuestión, conducente a imbricar coherentemente las dos energías, la del cuerpo y la del alma, cosa

⁽¹⁹⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *La activación de la energía*. Op. cit., p. 124.

⁽²⁰⁾ Ibidem.

⁽²¹⁾ Teilhard de Chardin, Pierre : *El Fenómeno Humano*, Op. cit., p.79.

que Teilhard está decidido a afrontar. Y al afrontar este problema se responde nuestra pregunta acerca del lugar en el que se ubica. Basta con mirarnos a nosotros mismos, dice el autor, “para comprender en qué relaciones dinámicas se encuentran, en un punto cualquiera del Universo, el Exterior y el Interior de las Cosas”²²

Es pues, la observación de la realidad humana, y de la interacción materia-espíritu en ella, lo que le conduce a la elaboración del problema. Sin embargo, Teilhard elude la solución fácil que implicaría considerar al alma como el foco transmutador, a partir del cual se daría la transformación directa de una a otra, de las dos energías. La solución para él es a la vez más original y más compleja, puesto que ambas energías “se valen”, se asocian y pasan constantemente la una a la otra. La expresión de esta solución se logra a través de un simbolismo complejo que salva a la vez la complicada trama del Universo y evita el escollo del dualismo. Esta solución viene así expresada:

Admitimos que, esencialmente, cualquier energía es de naturaleza psíquica. (...) en cada elemento particular esta energía fundamental se divide en dos componentes distintos: una *energía tangencial*, que hace al elemento solidario de todos los elementos del mismo orden (...) y una *energía radial*, que le atrae, en la dirección de un estado cada vez más complejo y más centrado, hacia delante.²³

Constatamos entonces como consecuencia de lo anterior, que la relación Espíritu-Materia no es ya para nuestro autor una relación de servidumbre. No se da ya el sometimiento de la materia al espíritu o viceversa: “No ya la Materia-asociada, la Materia - Sierva, sino la Materia-Generatriz: Materia-Matrix”.²⁴

Al comienzo de nuestro artículo planteábamos la pregunta acerca de la posibilidad de que la conciencia y la energía pudiesen ser activadas o avivadas, y en esta parte de nuestra reflexión deseamos formular un intento de respuesta. Se nos hace entonces evidente que debemos volver la vista nuevamente hacia la Ley de Complejidad-Conciencia ya mencionada.

Antes de continuar precisemos el término de “Energía” en nuestro autor.

⁽²²⁾ Ibid., p.80.

⁽²³⁾ Ibid., p. 82.

⁽²⁴⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *La Activación de la Energía*. Op. cit., p. 239.

Los seres vivos del mundo se forman con la ayuda de una duplicación energética: la fuerza interior o *radial* y la exterior o *tangencial*. No hablamos aquí de dos formas distintas, sino de dos componentes de una sola con doble función y efecto. Juan de Sahagún y Lucas Hernández, fieles al pensamiento teilhardiano en su obra *Teilhard de Chardin*²⁵, señalan que una de estas energías va en dirección *-ad intra-* y otra en dirección *-ad extra-*, es decir, un efecto hacia adentro o de concentración y el otro hacia fuera, hacia la vinculación con los demás. O lo que es igual pero en diferentes términos:

Ambas (**energías**) actúan de consuno sin confundirse ni neutralizarse, sino complementándose porque actúan en niveles diferentes. Por la energía radial se produce la centrocomplicación de cada ser, su mismidad. La tangencial, en cambio, hace solidarios entre sí a los diversos seres impidiendo la aniquilación o desgaste, a la vez que aumenta la centridad de cada uno.²⁶

Henos aquí pues enviados a desarrollar la Ley de Complejidad-Conciencia entendida como aquello que bajo la atracción del punto Omega conduce a la energía, y específicamente a la energía consciente a activarse en el sentido ascendente que le indican la mayor centración sobre sí misma y la mayor complejidad.

En efecto, ante los ojos de Teilhard aparece una nueva realidad, que para otros había pasado desapercibida. Nos referimos a lo que él llama un “tercer infinito”, que viene a revolucionar toda la física, y la psicología por de pronto, amén de otros campos del saber. Este tercer infinito es también denominado por él “lo infinitamente Complejo”.

Este Infinito de Complejidad con su correspondiente Ley, no dudamos en señalar que es la realidad de la conciencia humana y el análisis que Teilhard hace de ella, lo que le conducen a descubrirlo: “Después de lo inmenso y de lo ínfimo, lo Muy Complejo (desde el momento en que existe de hecho) tenía que tener un carácter propio. ¡he aquí este carácter!”²⁷ ya mencionado anteriormente: *la conciencia como efecto de complejidad*.

⁽²⁵⁾ De Sahagún, Juan y Hernández Lucas: *Teilhard de Chardin (1881-1955)*. Op. cit., pp. 26-27.

⁽²⁶⁾ Ibid, p. 27. El subrayado es nuestro.

⁽²⁷⁾ Teilhard de Chardin Pierre: *La Activación de la Energía*. Op. cit, p. 33.

Sin embargo es la materia la que se dirige desde un principio o encamina hacia lo complejo. ¿Y dónde queda la conciencia en todo este proceso? Precisamente como hemos dicho, la conciencia se encuentra inextricablemente ligada a este aumento de la complejidad. Valdría ahora la pena profundizar un poco más, siguiendo a nuestro autor en este tema de la Complejidad.

En varias oportunidades Teilhard precisa este concepto, que ya ha formulado en *El Fenómeno Humano*, insistiendo en él entre otras obras en: *El grupo zoológico humano*, *La visión del pasado o Direcciones del Porvenir*, entre otras. La complejidad de un conjunto, no es solamente el número y la variedad de los elementos que conforman dicho conjunto. No es tampoco la simple repetición geométrica e indefinida, en ocasiones, como por ejemplo, cuando unimos dos puñados de arena.

Por complejidad Teilhard de Chardin, entiende, pues, muy precisamente una “forma particular de agrupación cuya característica es reunir sobre sí cierto número fijo de elementos -con o sin la nota auxiliar de agregación y de repetición-, en un conjunto cerrado, de radio determinado; como el átomo, la molécula, la célula, el metazoo, etc...”²⁸

Una vez que se organiza centradamente la materia en forma de corpúsculos cada vez más complejos y más grandes, se *interioriza*, con una intensidad que crece en los seres vivos superiores. Lo hará con el sistema nervioso; subirá con él -como dice Teilhard- la “temperatura psíquica” de la Tierra²⁹ emergiendo el pensamiento para cambiarlo e invadirlo todo.

Todo esto se produce evidentemente bajo la atracción del Punto Omega, (Cristo en el lenguaje teológico) hacia el cual, converge y avanza toda la humanidad como parte del proceso evolutivo. En este punto se concreta y condensa la conciencia en planos cada vez más centrados. Pero dejemos que sea el mismo Teilhard quien nos hable y escuchemos: “Por definición, en el Omega se adiciona y se contrae, en su flor misma y en su integridad, la cantidad de conciencia que poco a poco se desarrolló en la Tierra gracias a la Noogénesis”.³⁰

El devenir del mundo pues para Teilhard, se define como una desmaterialización y una espiritualización progresivas. Nuestro autor considera

⁽²⁸⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *El grupo zoológico humano*. Editorial Taurus, Madrid, 1967. Pág. 24.

⁽²⁹⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *La Activación de la Energía* Op. cit., pp. 302-303.

⁽³⁰⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *El Fenómeno Humano* Op. cit., p. 313.

que el ser humano acabará por realizar lo ultra-humano, que según el *Vocabulario Teilhard* de Hubert Cuypers es el estado “de la conciencia planetaria, en el que el hombre alcanzará estados superiores de conciencia y libertad.”⁽³¹⁾ Dicho en pocas palabras, una vida puramente espiritual constituida por la capa pensante humana que recubre la tierra, envolviendo a su vez a la capa constituida por el conjunto de los seres vivos, la Biosfera.

En su obra *El Porvenir Del Hombre*, Teilhard de Chardin nos explica claramente el término que maneja para designar a esta “capa pensante”: “...-aludo a la formación, a partir de y por encima de la Biosfera, de una envoltura planetaria más, la envoltura de sustancia pensante a la que, por comodidad y simetría he dado el nombre de Noosfera.”⁽³²⁾

En el universo teilhardiano hay, entonces, no sólo continuidad entre la materia inerte y animada y el ser humano, sino que al mismo tiempo existe un ascenso. En el curso de la evolución del universo y de la vida aparece siempre lo superior saliendo de lo inferior. Lo superior es, en cuanto a estructura material, lo más complejo y al mismo tiempo también lo más consciente, como ya hemos visto.

Pasando ahora a otro punto debemos señalar que Teilhard forma parte del grupo relativamente numeroso de paleontólogos que insisten una y otra vez en que la evolución es idéntica al progreso, con la diferencia en Teilhard de que el cristianismo como forma de ser y ver lo que nos rodea, se encuentra en el fondo de sus convicciones.

Esto significa que, el progreso del que habla nuestro autor, si bien no implica la negación de los avances científicos y tecnológicos, sino que los asume en su potencial positividad, va muchísimo más allá de este tipo de desarrollo, pues lo que realmente interesa a Teilhard es la culminación, a través de la persona humana, del proceso evolutivo, mediante el “acceso al punto Omega”⁽³³⁾ En este sentido, es la persona (lo personal) humana lo que preocupa a nuestro autor, que, lejos de defender aquí algún tipo de individualismo o egoísmo, proclama el crecimiento de lo personal a partir de la unión diferenciadora y creadora cuya energía propia es el amor, vínculo de acercamiento entre los seres, que para aquellos que siguen a Platón, nos dice, aparece como la forma superior y purificada de una atracción interior

⁽³¹⁾ Cuypers, Hubert: *Vocabulario Teilhard*. Op. cit., p. 128.

⁽³²⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *El porvenir del hombre*. Op. cit. p. 193.

⁽³³⁾ Teilhard de Chardin, Pierre: *La Activación de la Energía*. Op. cit, p. 119.

universal”³⁴. E insistiendo en el carácter fundamentalmente personalizador de la convergencia de los seres, que a pesar de unirse para crecer espiritualmente no se pierden en el Todo, afirma: “Nos imaginamos quizá que la personalidad es una propiedad específica del elemento aislado, del grano de consciencia. La centrogénesis viene a demostrarnos que, por el contrario, únicamente el Todo (...) es final y plenamente personal”³⁵

Una idea más queremos añadir antes de concluir este tratamiento no exhaustivo del concepto de consciencia en Teilhard. Además de señalar que la personalización y la persona no son otra cosa sino el resultado máximo de la aparición de la consciencia reflexiva en el mundo, deseamos destacar el carácter utópico del pensamiento de nuestro autor, lo cual nos convoca, en este tiempo nuestro tan necesitado de elementos de esperanza, y nos impulsa a continuar en la dura lucha de este peregrinar por la tierra, en busca de una humanidad, no solo hominizada y por ende consciente, sino espiritualizada, es decir Omegacentrada y orientada. En este sentido creemos que vale la pena, a la luz de los problemas de nuestro tiempo, volver a leer y a descifrar un discurso y una obra tan apasionadamente escrita y vivida.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDT Hannah *La Condición Humana* Ed. Paidós Barcelona, 1993.
- CHAUCHARD, Paul: *El ser humano según Teilhard de Chardin*. Editorial Herder, Barcelona. 1966.
- CUYPERS, Hubert: *Vocabulario Teilhard*. Editorial Columba, Argentina, 1968
- DE Sahagún, Juan y Hernández, Lucas: *Teilhard de Chardin (1881-1955)*. Ediciones del Orto Madrid, 1996.
- DESCARTES, Renato: *Meditaciones metafísicas con objeciones y respuestas*. Alfaguara, Madrid. 1977.
- FERRATER Mora, José: *Diccionario de Filosofía*. Tomo I. Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 1969.
- HUSSERL, Edmund: *Meditaciones cartesianas*. Ediciones Paulinas, Madrid. 1979.

⁽³⁴⁾ Ibid. p.119.

⁽³⁵⁾ Ibid. p.11.

LA FAY, Georges : *Teilhard de Chardin* Ed. Columba, Buenos Aires, 1968.

TEILHARD de Chardin, Pierre: *La activación de la energía*. Ediciones Taurus. 2da. Edición, Madrid. 1967.

TEILHARD de Chardin, Pierre: *El Fenómeno Humano*. Ediciones Taurus, Madrid. 1965.

TEILHARD de Chardin, Pierre: *El porvenir del hombre*. Ediciones Taurus, Madrid. 1965.

TEILHARD de Chardin, Pierre: *El grupo zoológico humano*. Editorial Taurus, Madrid. 1967.

CIDADANIA, DEMOCRACIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Fábio Rodrigues FAZUOLI

INTRODUÇÃO

Esse artigo, cujo tema é “Cidadania e Democracia”, não se resume, ao menos em sua proposta inicial, a uma análise meramente jurídica. Procurou-se mergulhar, na medida do possível, em sua complexidade, de modo a considerá-lo um todo integrado por partes¹ jurídicas, sociológicas, filosóficas, entre tantas outras possíveis, que apresentam peculiaridades complementares, mas ainda assim um todo.

No fundo, o tema a ser investigado, me parece, também se aproxima muito do abordado no livro “A universidade desafiada” do professor Régis de Moraes. A grande questão está centrada na maturidade humana, na plenitude de consciência que se tem de si e do mundo que o cerca e das escolhas e ações que autonomamente se podem realizar.

Exatamente por assim se pensar, estruturou-se o presente trabalho em três partes. Na primeira delas, analisar-se-á a relação complexa que se estabelece entre cidadania e democracia e a constatação da necessidade do estabelecimento de um modelo de Estado Democrático de Direito para sua mais perfeita implementação. Em decorrência disso, já na segunda parte, procurar-se-á narrar sucintamente a história constitucional brasileira, a fim de que haja elementos de concretização da discussão que se travará na sua

⁽¹⁾ “Sendo todas as coisas causadas e causadoras, ajudadas ou ajudantes, mediatas e imediatas, e sustentando-se todas por um elo natural e insensível que une as mais distantes e as mais diferentes, considero ser impossível conhecer as partes sem conhecer o todo, tampouco conhecer o todo sem conhecer particularmente as partes” Pascal *apud* MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, p. 37.

terceira e última parte, sobre os vários modelos de Estados existentes e, principalmente, acerca das vantagens que a adoção do Estado Democrático de Direito, como modelo de convivência humana e da ação eticamente cidadã, traz ao desenvolvimento do espírito democrático.

A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE CIDADANIA E DEMOCRACIA

Indagado acerca da relação que se estabelece entre cidadania e democracia, a melhor resposta parece ser a exigência necessária de uma consciência atuante, ou seja, democracia e cidadania exigem um pensar e um agir constantemente conscientes. Daí provém, creio, a maioria dos problemas que a sociedade contemporânea está a enfrentar e das respostas que se podem obter.

Assim, preliminarmente, há que se definir a qual sentido se faz referência, nesse trabalho, à palavra “consciência”. A palavra é usada aqui de modo propositalmente ambíguo, ou melhor, com ela se quer fazer menção a duas situações que, embora diferentes, devem ocorrer simultaneamente. Em sua Introdução à obra “Ciência com consciência”, Edgar Morin fornece uma dica de como a referida palavra pode ou deve ser entendida². O primeiro conceito implica a idéia de percepção. É consciente por oposição a inconsciente ou subconsciente. É consciente no sentido de que é algo já percebido, conhecido ou mesmo dominado. Enfim, toma-se consciente por ciente. O segundo conceito, por sua vez, implica em uma dimensão moral ou ética, que segundo Edgar Morin deve ser vista como uma verdadeira antipo-ética que supõe a decisão esclarecida de “assumir a condição humana *indivíduo/sociedade/espécie* na complexidade do nosso ser”, “alcançar a humanidade em nós mesmos em nossa consciência pessoal” e, por fim, “assumir o destino humano em suas antinomias e plenitude”, compreendendo, assim, “a esperança na completude da humanidade, como consciência e cidadania planetária”³. É, pois, consciência que vai além do indivíduo devendo abarcar a família, o grupo, a sociedade, o mundo, a espécie. Nem o indivíduo em si, nem a sociedade em si, as quais, segundo o pensador Bubber⁴ não passam de mera abstração.

Alguns aqui poderiam desde já objetar que a proposta desse trabalho é tautológica, vez que à relação cidadania/democracia se propõe

⁽²⁾ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*, p. 10.

⁽³⁾ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, p. 106.

⁽⁴⁾ Segundo Bubber somente o indivíduo em relação, “o homem COM o homem” é que realmente existe e pode ser pensado. *Apud* MORAIS, Régis de. *A universidade desafiada*, p. 52.

simplesmente mais cidadania. Em primeiro lugar, deve-se afirmar que a apontada objeção é fonte da mais pura felicidade porque esses opositores partem, desde logo, de uma idéia compartilhada com esse trabalho, qual seja, a de que o núcleo duro da cidadania reside justamente no pensar e no agir ético-consciente. Em segundo lugar, cabe mencionar que propor cidadania para a melhora do nível geral da relação cidadania/democracia não é tautologia, mas simplesmente a percepção mais pura da realidade. É a efetiva cidadania que gera uma democracia substancial, a qual, por sua vez, gera um maior número de cidadãos, mais conscientes de si e do mundo, o que refletirá na construção de uma vida democrática ainda maior, e assim sucessivamente, construindo-se um verdadeiro círculo virtuoso⁵ de democracia e cidadania.

Necessário observar, no entanto, que se a enunciação da resposta apresenta-se relativamente fácil, o mesmo não se dá com sua efetivação prática. Vários níveis de cidadania ou de ação cidadã podem ser verificáveis na prática. Eles vão desde a inconsciência pura e simples, até um agir consciente voltado para os interesses coletivos, passando por um agir consciente de acordo com os interesses pessoais e um pensar consciente acometido por um não agir decorrente da descrença nas instituições.

Essa proposta, contudo, não pode funcionar senão na democracia, pois é intimamente dependente da diversidade. *“A voz da consciência moral individual é melhor ouvida no tumulto da discórdia política e social”*⁶,

⁽⁵⁾ Círculo virtuoso aí está por oposição à idéia de círculo vicioso.

⁽⁶⁾ Bauman, após uma série de reflexões acerca das experiências realizadas por Milgram, apresenta algumas conclusões verdadeiramente perturbadoras. “Como coloca Milgram, só quando se tem ... uma autoridade que ... opera num campo livre sem nenhuma pressão contrária além dos protestos da vítima é que se consegue a resposta mais pura à autoridade. Na vida real, claro, somos confrontados com grande número de pressões contrárias que se anulam mutuamente. O que Milgram deve ter querido dizer com “vida real” era a vida numa sociedade democrática e fora de uma instituição total: mais precisamente, a **vida nas condições de pluralismo**. Uma conclusão bastante notável do conjunto de suas experiências é que **o pluralismo é o melhor medicamento preventivo contra pessoas moralmente normais envolvendo-se em ações moralmente anormais**. Os nazistas tiveram primeiro que destruir todo vestígio de pluralismo político para deslanchar projetos como o do Holocausto, na qual a esperada disposição das pessoas comuns para ações desumanas e imorais tinha que ser calculada entre os recursos necessários - e disponíveis. Na URSS, a sistemática destruição dos reais ou supostos adversários do sistema ficou de fato séria somente depois de ter sido extirpado todo resíduo de autonomia social e, portanto, do pluralismo político que a refletia. **Se o pluralismo não for eliminado em escala societária global, as organizações com propósitos criminosos, que precisam assegurar uma persistente obediência de seus membros na execução de atos evidentemente imorais, ficam obrigadas à tarefa de erguer rígidas barreiras para isolar seus membros da influência “deliçescente” da diversidade de padrões e opiniões. A voz da consciência moral individual é melhor ouvida no tumulto da discórdia política e social**”, BAUMAN, Z. *Modernidade e holocausto*, p. 193-194.

afinal, *“a disposição de agir contra a própria opinião e contra a própria consciência não é função apenas do comando autoritário, mas resultado da exposição a uma fonte clara, inequívoca e monolítica de autoridade”*⁷, o que é muito mais facilmente obtido em regimes não democráticos, onde as vozes contrárias que se poderiam ouvir foram devidamente afastadas ou caladas.

A proposta deste trabalho, para sua realização, depende, para além da democracia, de uma efetiva vivência de valores éticos. Mais uma vez recorre-se a Bauman, que forneceu um interessante exemplo do que pode acontecer quando os padrões éticos deixam de ser considerados como elemento de decisão para a ação⁸ ao demonstrar como as elites intelectuais alemãs facilmente se converteram ao nazismo. Sem uma reflexão política e moral os cientistas se encontram praticamente à venda, à disposição de quem mais puder pagar ou custear suas pesquisas, não importando as razões pelas quais a pesquisa é financiada e para que ela será utilizada. No fundo, a história de retirada de poder dos intelectuais é uma história de renúncia⁹ e, se no começo, a rendição parece vergonhosa, depois de um tempo passa a ser motivo de orgulho. Referido quadro pode ser ainda pior quando se verificar a

⁽⁷⁾ BAUMAN, Z. Idem, p. 193.

⁽⁸⁾ Vale a pena trazer a lume os comentários de H. Littell complementados por Baumann, às páginas 152 do livro deste, acerca da insensibilidade e, mesmo, irresponsabilidade ética dos intelectuais frente aos maiores problemas políticos de nossa era. Isso era assim no nazismo. Isso é assim nos EUA de hoje. Percebe-se, pois, uma tendência gerada, realmente, no gérmen profundo da universidade, ou melhor seria dizer, na postura científica de desprezo por tudo aquilo que está fora de sua integridade ética. Segundo aquele, “a crise de credibilidade da universidade moderna vem do fato de que os campos de morte não foram construídos nem seu esquema operacional imaginado por iletrados, por selvagens ignorantes e sem educação. Os centros de extermínio foram produto, como seus inventores, daquele que durante gerações foi um dos melhores sistemas universitários do mundo. (...) **Nossos bacharéis trabalham, sem maiores conflitos íntimos, pelo Chile social-democrata ou pelo Chile fascista, pela junta ou pela república gregas, pela Espanha de Franco ou dos republicanos, pela Rússia, pela China, pelo Kwait ou Israel, pelos Estados Unidos, pela Inglaterra, Indonésia ou Paquistão (...)** Isso resume, embora severamente, o papel histórico dos técnicos formados, aqueles que foram “educados” na arte da indiferença moral, ética e religiosa da universidade moderna”. Este complementa, “o que de fato importava às elites científicas (e, de forma mais geral, intelectuais) alemãs e aos seus melhores e mais distinguidos indivíduos era a preservação de sua integridade acadêmica e como porta-vozes da Razão. E essa tarefa não incluía (de fato excluía em caso de conflito) a preocupação do significado ético de sua atividade.” BAUMAN, Z. Idem, p. 152

⁽⁹⁾ Joachin C. Fest *apud* BAUMAN, Z. Idem, p. 153.

estrutura tecnoburocrática da sociedade moderna. Nesse tipo de sociedade, o padrão de auto-regulação moral é reaproveitado de modo que o indivíduo passa a sentir vergonha ou orgulho não da ação realizada, mas em função de estar cumprindo ou não, precisa, eficaz e adequadamente, suas tarefas¹⁰. Nesse padrão ético há tendência muito maior de submissão à vontade da autoridade, diminuindo assim a efetividade da ação cidadã consciente e da democracia.

Bem se vê, portanto, que tanto a falta de democracia quanto a não consideração de padrões éticos de comportamento, aumentam sensivelmente o nível de obediência cega, o que, por sua vez, ajuda no rebaixamento do nível de ação cidadã, qualitativa e quantitativamente, levando assim a uma nova diminuição no grau de democracia, acarretando, no mais das vezes, em um aumento da pobreza¹¹ e da falta de educação, que gera menos cidadania, elevando-se o número de votos de cabresto, por exemplo, e, conseqüentemente, gerando uma menor taxa de democracia, ou seja, cai-se em um pernicioso círculo vicioso difícil de ser rompido.

Vale lembrar que as dificuldades por que passam as democracias ainda são muitas. Segundo Morin, as democracias não se encontram generalizadas por todo o planeta, são frágeis e vivem de conflitos que podem destruí-las por completo. No mundo ainda se vêem resquícios de totalitarismos do século XX e a emergência de totalitarismos do século XXI. Em muitos países o processo de democratização não se completou ou não passou dos singelos limites da democracia formal. Mesmo em países tradicionalmente democráticos, de quando em quando, se percebem tendências de regressão democráticas. A tecnoburocracia, fortemente marcada por uma disposição de tecnização da política e pela divisão entre uma classe especialista detentora

⁽¹⁰⁾ BAUMAN, Z. Idem, p. 188.

⁽¹¹⁾ Cançado Trindade, a esse respeito, afirma que "en efecto el tema de la democracia y los derechos humanos hay que considerarlo también a la luz de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de la misma visión integral de los derechos humanos y del Estado de Derecho. El fenómeno corriente de *empobrecimiento* según datos recientes del PNUD y de la CEPAL, del crecimiento considerable de los contingentes de "nuevos pobres" en tantos países latinoamericanos, revela la inobservancia, si no la violación generalizada de los derechos económicos, sociales y culturales. (...) El *Informe sobre el Desarrollo Humano* del 1992 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) señala que '**la democracia y la libertad dependen de mucho más que de las urnas**'. La expansión de la democracia ha tenido como complemento un mayor reconocimiento de los derechos humanos". CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado*, p. 20-21.

do saber e todo o resto da população, expulsa, do âmbito das decisões, o cidadão sob o pretexto de que ele nem sequer compreenderia a complexidade dos problemas a serem enfrentados. Isso diminui a democracia e o próprio espaço para a ação cidadã. Há uma luta surda, em muitos países, para criar democracia, em tantos outros, para regenerar, por intermédio de novos paradigmas, uma que já existiu e, no mundo inteiro, uma briga para gerar toda uma nova concepção de democracia internacional.

“Nessas condições, a redução do político ao técnico e ao econômico, a redução do econômico ao crescimento, a perda dos referenciais e dos horizontes, tudo isso conduz ao enfraquecimento do civismo, à fuga e ao refúgio na vida privada, a alternância entre apatia e revolta violenta e, assim, **a despeito da permanência das instituições democráticas, a vida democrática se enfraquece**”¹². A regeneração democrática passa pela regeneração do civismo, da solidariedade, da responsabilidade e, principalmente, da consciência ética. Somente através da luta contínua é que isso pode ser conquistado. “Como observou Hanna Arendt, os homens não nascem iguais, tornam-se iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um dado, é um construído, elaborado convencionalmente pela ação dos homens, enquanto cidadãos, na comunidade política”¹³.

A democracia é o vero e próprio palco para a luta dos interesses e idéias conflitantes. Ela se nutre dessa diversidade, devendo, pois, preservar as idéias e posições contrárias às maiorias, não podendo permitir a formação da ditadura da maioria prevista por Tocqueville. Por essa mesma razão é tão importante que se interiorize a tolerância e respeito ao outro, ao diferente, mesmo quando, aos olhos da maioria, as idéias dessas minorias pareçam heréticas. “A democracia, em sua estrutura filosófica íntima, é a marcha do mundo para a liberdade e a tolerância, porque o verdadeiro democrata, antes de tudo, deve sentir a possibilidade de que a razão esteja com o adversário, devendo, então, basear-se no sentimento de respeito à opinião alheia”¹⁴.

Compreendido os principais delineamentos do tema “cidadania e democracia”, resta a pergunta: como isso se encontra posto em nosso ordenamento jurídico? Ou seja, há algum elemento jurídico e, portanto,

⁽¹²⁾ MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, p. 112.

⁽¹³⁾ VIEIRA, Listz. *O papel transformador do direito no estado democrático*, p. 16.

⁽¹⁴⁾ FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*, p. 76.

exigível que garanta no Brasil a efetiva participação do cidadão no jogo democrático? E mais, há algum instrumento que garanta, juntamente a essa participação popular, o respeito aos padrões ético-humanos? A resposta a essas perguntas discutir-se-á nas duas próximas partes.

HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição da República Federativa do Brasil afirma ser um Estado Democrático de Direito. Isso já é elemento jurídico bastante para garantir em termos deontológicos a possibilidade do desenrolar de uma ação cidadã em um ambiente democrático. Qual a força do conceito supra-indigitado para que se garanta de forma tão cabal a cidadania e a democracia? Para responder adequadamente essa questão, há necessidade de que se trace, ainda que rápida e resumidamente, um quadro da evolução constitucional do Brasil.

O quadro constitucional do Brasil pode ser considerado bem agitado. Nossa vida constitucional começa um pouco antes da independência, quando o ainda Príncipe Regente convoca em 03/06/1822 uma Assembléia Constituinte, a qual somente se reúne no ano seguinte, após a coroação de Pedro I e já com conflitos entre ela e o novo imperador. Os conflitos entre brasileiros e portugueses se agravam até que o rei dissolve a assembléia e outorga uma Carta Constitucional. Referida Carta seguia as tendências político-sociais da época. De modo geral pode-se observar um clima claramente liberal, ainda que mantendo a escravidão e de ser dominada por um regime claramente conservador¹⁵. Essa Constituição sofreu duas revisões.

A queda da monarquia acarretou algumas transformações profundas no sistema político do país. A abolição do trabalho escravo acelerou a utilização do braço livre e o processo de industrialização, começando aí, de forma mais concreta, o nascimento de uma classe marcadamente proletária, o que trará seus reflexos históricos posteriormente.

O Marechal Deodoro da Fonseca, chefe do governo provisório nomeou uma Comissão para preparar um anteprojeto para ser apresentado à

⁽¹⁵⁾ Nada mais conservador que um liberal no poder e nada mais liberal que um conservador na oposição.

futura assembleia constituinte. Três anteprojotos foram feitos tendo sido corporificados por Rangel Pestana em um corpo único que foi modificado por Rui Barbosa, vice-chefe do governo e grande chefe do movimento republicano no Brasil. Esse texto foi apresentado à Assembleia que, após uma série de emendas, aprova o texto final de uma constituição sintética com apenas oitenta e cinco artigos mais doze nas Disposições Transitórias.

Adotou-se o regime presidencialista, de inspiração fortemente norte-americana, um sistema rígido de Separação de Poderes nos moldes preconizados por Montesquieu, um mandato presidencial de quatro anos e eleição direta. O regime federativo foi utilizado, cada estado organizando a sua própria justiça. Houve o desenvolvimento de um amplo municipalismo. Importante foi a declaração de direitos e suas garantias, ainda que apresentando um fundo tipicamente liberal. Garantia-se e enunciava-se os direitos fundamentais de primeira geração tão somente. As constituições do México e de Weimar, ainda estavam por vir.

Observando o Preâmbulo da Constituição de 1891¹⁶, Pontes de Miranda observa que, bem ao estilo das constituições liberais, quer-se promover democracia e liberdade, mas liberdade antes de democracia. No período de “1891-1930 apuraram a liberdade sem fortalecer a democracia; por isso não pôde esse evitar os estados de sítio e 1930”¹⁷.

Quase imediatamente após sua promulgação começou-se a propugnar a necessidade da reforma do texto constitucional, mas, apesar do peso político e intelectual dos reformadores, só em fins da República Velha ela foi realizada. Artur Bernardes em 1924 encaminha uma mensagem reformista e organiza-se no Congresso uma Comissão. O texto final da reforma, no entanto, só sai em 1926 e teve por fito, segundo Pedro Calmon¹⁸, corrigir certos abusos que a ambigüidade do texto de 1891 favoreceu em detrimento da honesta realização do regime.

Apesar de já estarem se espalhando pelo mundo os direitos fundamentais de segunda geração, em termos econômicos e sociais, a reforma de nada serviu. Os problemas operários, então já existentes,

⁽¹⁶⁾ “Nós, os Representantes do Povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL”. Preâmbulo da Constituição da República de 1891.

⁽¹⁷⁾ Pontes de Miranda, *Comentários à constituição de 1967*, p. 420.

⁽¹⁸⁾ *Apud* FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*, p. 52.

continuaram a ser resolvidos com polícia e não política, o que acelerou o processo revolucionário.

A revolução de três de outubro de 1930, embora longamente esperada, eclodiu bruscamente. Ela foi facilitada pela crise presidencial do sistema de café com leite entre Minas e São Paulo. Washington Luís forçou a eleição de Júlio Prestes, candidato de São Paulo, enquanto Minas reclamava sua vez com Antônio Carlos. Washington Luís não cede à pressão mineira e acelera a revolução que contou com o apoio dos governadores de Minas, Antônio Carlos, Paraíba, João Pessoa, e do Rio Grande do Sul, Getúlio Vargas. Ela se propaga rapidamente com o apoio de estudantes, operários e forças armadas.

A junta revolucionária transmitiu o poder em 03/11/30 ao Sr. Getúlio Vargas, que de início instituiu dois novos ministérios ao lado dos sete já tradicionais, a saber, o “Ministério da Educação e da Saúde Pública” e o “Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio”, os quais foram ocupados respectivamente por Francisco Campos e Lindolfo Collor.

Nomeou-se uma comissão para elaborar um anteprojeto para uma nova constituição, comissão essa que contou com a presença de eminentes juristas como Carlos Maximiliano, João Mangabeira e Castro Nunes.

Nesse ínterim explode a Revolução Constitucionalista de 1932, chefiada pelo interventor em São Paulo, e que foi esmagada.

A nova constituição fruto da briga entre democratas de São Paulo de Minas Gerais e o espírito ditatorial da própria Minas, do Rio Grande do Sul e alguns outros estados-membros foi promulgada em 16/07/1934, atendendo vários novos requisitos sócio-culturais da época e praticamente fundando o Estado Social no Brasil. Ela manteve o presidencialismo, a divisão de poderes, ainda que minimamente mitigada pelo fato de, por exemplo, se permitir que Ministros de Estado fossem ao Congresso prestar informações, esclarecimentos ou para solicitação de medidas.

Como já mencionado, sua grande força reformadora adveio da regulação de matérias como a ordem econômica e social, família, educação, cultura, funcionalismo público e forças armadas, com clara inspiração na constituição alemã de Weimar. Com base nela surge toda uma legislação referente ao direito do trabalho e à previdência social.

Uma observação inusual ou no mínimo curiosa de Pontes de Miranda pode ser mencionada. Ela se refere ao corpo constitucional da

Assembléia que redigiu a Constituição de 1934, a qual era composta por elementos eleitos pelo povo e por representantes de classe¹⁹. “A ditadura brasileira começou por dividir o poder estatal entre o povo e as classes, espécie de fascismo *pré-constitucional*. Já assaz diferente do italiano - legislativo e, pois, pós-constitucional. Certo, fêz-se constitucional; mas com isso não apaga a diferença: o semi-fascismo brasileiro foi pré-constitucional; se a constituição não for fascista (povo + corporação), só terá sido semifascismo *anterior* à constituição (...) No plano constitucional, apesar de todas as aparências, a Constituição de 1937 era menos fascista que a Constituição de 1934. Os elementos fascísticos apareciam como possibilidade de estruturação administrativa e como programa a realizar-se”²⁰. O fato de o poder estar mais concentrado na constituição de 1937 não é suficiente para taxá-la como mais fascista simplesmente porque as respostas autoritárias, quer sejam fascistas, quer não o sejam, sempre se caracterizam por essa concentração de poder. Na verdade, logo se percebeu, que os governantes não queriam uma constituição fascista e nem uma não fascista. O que queriam era não ter uma constituição alguma a lhes limitar o poder.

Mas ela durou pouco. Em seu curto tempo de vida sofreu três emendas em 1935 que enfraqueceram sobremaneira a democracia. Não sem razão, apelidou-se as emendas número 2 e 3 de “bolchevismo da direita”. Elas levaram o país à Constituição de 1937, “que foi a *expansão* delas. O Congresso que as votou, sem saber, talvez, que se suicidava, suicidou-se”²¹. A ditadura estava à mostra. Ressalte-se que, embora de curta duração, dela frutificou uma ampla legislação e uma série de novos institutos para resolver os problemas sociais e econômicos que afligiam o Brasil há algum tempo.

Em 10/11/37 Getúlio proclama uma nova República ao outorgar uma nova constituição que, por sua semelhança à constituição da Polônia, foi apelidada de Constituição Polaca. A nova constituição fundou uma ditadura, suprimindo o nome de Deus de seu texto²², outorgando amplos poderes ao

(19) Este regime “apresentou camadas imiscíveis, azeite e água, o ideal democrático em traços por demais vivos e a infiltração fascista, mal entendida e pior executada”, Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, p. 442.

(20) MIRANDA, Pontes de. Idem, p. 421-422.

(21) MIRANDA, Pontes de. Idem, p. 431.

(22) “É interessante observar-se que o subconsciente, em 1937, obteve para o positivismo comtiano, no tocante à estruturação política, fora do liberalismo, o que, em 1891, não obtiveram a ação consciente, a doutrinação e a própria força material, que se achavam, sem dúvida, em grande parte, do lado dos propugnadores da política positivista. Influxo do ditatorialismo sul-riograndense”, MIRANDA, Pontes de. Idem, p. 420.

Presidente, alterando profundamente a relação entre os Poderes, se é que se podia falar em mais de um Poder quando o Congresso foi fechado e o Presidente podia continuar a aplicar inclusive leis consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal do Brasil. A maioria das liberdades clássicas não foi admitida, embora várias medidas tomadas beneficiassem diretamente os trabalhadores.

Com a queda dos movimentos fascistas, a ditadura brasileira de inspiração claramente nazi-fascista entrou em crise. Houve um clamor nacional para a constitucionalização do país. Curiosamente, Getúlio Vargas tenta se manter no poder com o apoio do movimento queremista parcialmente ligado aos setores comunistas. O povo reagiu e o Exército entregou o governo ao Ministro do Supremo Tribunal Federal que imediatamente tomou uma série de medidas democratizantes.

Embora voltados à democracia, os atos da Presidência da República de 29 de outubro de 1945 em diante continuaram sendo ditatoriais, cuja grande diferença era apenas a partilha da ditadura entre o Exército e membros do Judiciário ao invés da divisão entre a Política do Rio Grande do Sul e o Exército. Somente com a efetiva entrega do poder constituinte ao povo é que se pode falar em redemocratização.²³

O general Eurico Gaspar Dutra ganha a eleição e governa por decretos leis até a nova constituição de 18/09/1946, que foi um retorno à legalidade. Não trouxe essa constituição muitas novidades, sendo muito parecida com a de 1934. Ela permitiu um amplo intervencionismo econômico. Quanto à democracia, parece ela ter se preocupado muito mais com a garantia da forma eleitoral democrática do que com seu fundo valorativo.

O sistema continuou de modo mais ou menos estável até a renúncia de Jânio Quadros. Com a renúncia deste, o vice-presidente deveria assumir, mas enfrentou forte resistência dos setores mais conservadores do país e, em especial, das Forças Armadas. Em seu regresso da China, teve de passar por vários países para entrar fugido no país pelo Rio Grande do Sul, onde pode contar com o apoio de Leonel Brizola, governador daquele Estado e com o comando local.

Para evitar uma quebra institucional, firmou-se um acordo para que o Vice assumisse a Presidência, mas não o poder e, por essa razão,

⁽²³⁾ MIRANDA, Pontes de. *Idem*, p. 432.

instituiu-se um regime parlamentarista por uma emenda constitucional, vinculando a continuação do regime a um plebiscito futuro. Houve campanha por parte de João Goulart e o povo aclamou por enorme maioria a volta do Presidencialismo.

A partir desse momento Goulart tentou executar uma série de reformas, entre elas a reforma agrária. Houve muitos conflitos na zona rural entre latifundiários, proprietários rurais, empregados e ex-proprietários. Houve também um grande desenvolvimento da luta contra o imperialismo econômico estrangeiro nas suas mais diversas formas.

Na noite de 31 de março para 1º de abril de 1964 desencadeou-se um movimento político militar que depõe o então presidente João Goulart e elege, via Congresso Nacional, o Marechal Castello Branco. “1964 foi passo atrás, para se ressuscitar 1937”²⁴.

Foram editados quatro Atos Institucionais com a finalidade de consolidar o regime do golpe, criando barreiras para o crescimento dos movimentos de esquerda. O medo desses movimentos era brutal, afinal, a URSS esteve “durante uma década e meia, em meados do século, à testa de um ‘campo socialista’ que compreendia um terço da raça humana, com uma economia que por um breve instante pareceu capaz de sobrepujar o crescimento econômico capitalista”²⁵.

Sob as ordens de Castello Branco, elabora-se um novo texto constitucional que resultou na Constituição de 24/01/1967. Há um fato curioso que vale a pena ressaltar. Em seu Preâmbulo, a Constituição de 1967 não faz referência ao povo²⁶. Essa constituição aumentou os poderes da União e restringiu os demais poderes. Manteve-se a declaração de direitos, mas aumentou-se a possibilidade de repressão de crimes contra a segurança nacional. Essa Constituição também pôs grande ênfase na idéia de desenvolvimento.

Dado que a crise político-institucional que vem desde 1964, ou que se inicia antes mesmo disso, não se resolve, o então presidente Costa e Silva

(24) MIRANDA, Pontes de. Idem, p. 430.

(25) HOBSBAWM, E. *Era dos extremos*, p. 18.

(26) “O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte CONSTITUIÇÃO DO BRASIL”. Preâmbulo da Constituição da República de 1967.

edita o Ato Institucional nº 5 em 13/12/1968, fechando o Congresso e seguindo-se uma série de outros atos institucionais e atos complementares que consolidaram o regime.

Com a enorme quantidade de alterações derivadas dos Atos Institucionais e Atos Complementares, resolveu-se alterar o texto da constituição a fim de adequá-la à nova realidade, formada em apenas e tão somente dois anos. Dessa maneira, em 17 de outubro de 1969 surge a Emenda Constitucional nº 1 alterando integralmente a constituição então vigente. Por isso mesmo, apesar de se tratar apenas de uma emenda fala-se em Constituição de 1969.

Os anos passam. Depois que o movimento das “Diretas já”, de fins de dezembro de 1983 a 25 de abril de 1984, frustra-se com a rejeição da emenda Dante de Oliveira, Tancredo Neves, candidato das oposições unidas²⁷, é eleito pelo colégio eleitoral, após conseguir reunir uma série de dissidentes do governo como Aureliano Chaves e Marco Maciel. É mais um passo no longo caminho para a redemocratização, que já havia passado por um retorno ao pluripartidarismo, pelas eleições diretas dos governadores de estado, pela anistia dos adversários do regime militar.

Tancredo foi o candidato da “conciliação” nacional, da Aliança democrática que reuniu o PMDB e os dissidentes liberais do PDS, donde saiu o Vice Presidente. Aos dez governadores de oposição, se uniram doze governadores do PDS. Do lado governista, Paulo Maluf e Mario Andreazza concorrem à vaga de candidato do PDS, com vitória daquele. No início o PDS parecia ter uma ampla margem a seu favor no colégio eleitoral. Para reforçar sua posição, Paulo Maluf não perdia uma oportunidade de realçar a questão da fidelidade partidária, lembrando a possibilidade de perda do mandato. Conduto, para seu azar, o Tribunal eleitoral declarou que a questão da fidelidade partidária não abrangia a colégio eleitoral. Surge de uma cisão do PDS um novo partido, o PFL, disposto a apoiar a oposição. Lança-se um boato de um novo golpe de Estado militar, sendo necessária uma declaração conjunta das Forças Armadas que eles respeitariam a eleição pelo Colégio Eleitoral. Aliás, os militares passaram a manifestar suas simpatias pelo candidato da oposição. Todo esse processo desemboca em uma eleição

⁽²⁷⁾ Assim denominado até em razão da reunião de 19 de junho de 1984 no palácio dos Bandeirantes em São Paulo, em que dez governadores de oposição aclamaram Tancredo como o candidato que poderia reunir em torno de si toda a oposição.

tranquila em favor de Tancredo Neves. No dia 15 de novembro, em um discurso ele anuncia a formação de uma nova República e a que vai convocar uma Assembléia Constituinte em 1986. Acabou sendo uma transição mais tranquila do que se esperava.

Tancredo, contudo, morre. José Sarney assume o governo e assina o Decreto nº 91.450 de 18 de julho, o qual nomeia uma “Comissão Provisória de estudos Constitucionais” rapidamente apelidada de “Comissão de Notáveis”, composta de 50 membros que deveriam fazer um estudo preparatório para os trabalhos da futura Assembléia Nacional.

Houve uma ampla discussão no país com a participação de vários setores da sociedade, inclusive com a apresentação de vários anteprojeto por parte de muitos juristas. Em 18/09/1986, a Comissão entregou um anteprojeto articulado ao Presidente Sarney, que foi publicado amplamente, na Imprensa Oficial e na Imprensa Nacional. O anteprojeto continha 436 artigos no corpo fundamental e 32 nas Disposições Gerais e Transitórias.

No dia 1º de fevereiro de 1987 instalou-se, sob a presidência de José Carlos Moreira Alves, a Assembléia Nacional Constituinte. No dia seguinte, Ulysses Guimarães foi eleito presidente da Constituinte. Formaram-se 24 subcomissões e, findo o trabalho dessas subcomissões, o texto foi aperfeiçoado por oito comissões temáticas que encaminharam o anteprojeto à Comissão de Sistematização, cujo relator, Bernardo Cabral, apresenta um trabalho unificado com 551 artigos. Esse projeto recebeu 5615 emendas, só aí passando ao Plenário.

Somente em 10 de novembro o “Centrão” passa a atuar. Os trabalhos legislativos seguiram vagarosamente em dois turnos, gerando um grande cansaço na Constituinte e no povo.

Fruto desse longo processo, a Constituição da República Federativa do Brasil, apelidada por Ulysses Guimarães de “Constituição Cidadã”, foi promulgada em 05 de outubro de 1988, contando com 250 artigos e mais 83 artigos nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, figurando entre as maiores do mundo.

O Professor Dalmo de Abreu Dallari em aula ministrada durante o curso regular do primeiro ano da graduação em direito na Faculdade de Direito da USP, expôs sua consternação pelo “curioso” fato de que em toda a América Latina se estava a realizar Reformas Constitucionais de cunho liberalizante de teor muito similar e que o Brasil, provavelmente, não escaparia

desse mesmo destino. Esse processo de descaracterização constitucional já é longo. Desde que surgiu, a constituição da República já sofreu 32 emendas constitucionais e 6 emendas de revisão. Contudo, apesar de todas as tentativas, conscientes ou inconscientes, o núcleo duro da constituição permanece inalterado, ou melhor, inatacado. Pode-se ter desfigurado o rosto da constituição, mas os instrumentos de correção encontram-se quase todos prontos, a espera de um uso correto e pleno. Tome-se como exemplo a emenda constitucional nº 32 que as normas referentes às medidas provisórias. Seria ela realmente necessária? Foi necessária ante a apatia dos outros dois Poderes que não souberam usar os mecanismos constitucionais postos à sua disposição. O legislativo tinha ampla possibilidade de afastar todas as medidas quer por entendê-las desnecessárias e não urgentes, quer por entender que a regulação normativa deveria ser outra. Sua apatia revelou-se antidemocrática e, de certa forma, feriu a constituição por permitir um crescimento exagerado de um Poder sobre as prerrogativas de outro. O Poder Judiciário não ficou atrás. Bastaria julgar que as matérias reguladas em medidas provisórias não eram realmente urgentes ou necessárias e recusar a sua aplicação para forçar o Executivo a procurar o caminho normal para a produção das normas de caráter geral. A elevação de uma só voz no país leva a um prejuízo para o princípio de separação de poderes que, deve-se ressaltar, foi imaginado como mecanismo para evitar o abuso e concentração de poder e, conseqüentemente, diminuir os riscos para o jogo democrático, elemento essencial para a própria existência do modelo de Estado que a Constituição traçou e procurou implementar.

PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS DE ESTADO

Após esse breve resumo da evolução histórica das constituições nacionais e verificado como a Constituição da República do Brasil de 1988 se impõe como uma das constituições mais democráticas da história desse país, vale a pena retomar os modelos de Estado e democracia que as várias constituições procuraram implementar a fim de compreender como essa constituição cidadã, além de democrática, traz em si um caráter verdadeiramente revolucionário, ainda pouco compreendido ou explorado em nosso país.

Três momentos de Estado devem ser mencionados, quais sejam, o Estado de Direito, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

ESTADO DE DIREITO

O Estado de Direito traduz, segundo José Afonso da Silva²⁸, um conceito puramente liberal tendo por características básicas a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e a enunciação e garantia dos direitos individuais. Foi essencial para o desenvolvimento histórico da civilização ocidental. Transformou súditos em cidadãos ao igualar a todos, mudando a submissão até então existente, que passa da submissão a um homem, o monarca²⁹, por exemplo, para submissão à lei, manifestação da vontade geral da nação, a todos atingindo justamente por seu caráter geral. Trata-se de uma igualdade formal, centrada nas liberdades públicas clássicas, mas ainda assim liberdade.

Apesar de inicialmente ter possuído um caráter revolucionário no combate do *Ancien Regime*, várias teorias acabaram por deturpar-lhe o conceito vez que para cada concepção de direito surge uma possível concepção de Estado de Direito. Como afirma Carl Schmitt³⁰ havia um Estado de Direito Feudal, um Estado de Direito burguês, um Estado de Direito Nacional, um Estado de Direito Social, vários Estados de Direito Natural, de Direito Racional, de Direito Histórico.

O que se percebe é que à falta de um qualificativo para o direito, tende-se a lhe fornecer um conteúdo estritamente formal que poderia muito bem desaguar em Estados fascistas ou nazi-fascistas³¹, principalmente, nas hipóteses em que o direito seja restritamente tomado por ordenamento legal e não por um ordenamento jurídico composto de elementos extralegais. Nesses casos o Estado de Direito passa a um Estado Legalista. Para a difusão dessas idéias a teoria kelseniana que identifica Estado e Direito, gerando facilmente essa idéia formalista, contribuiu muito.

A lei é o instrumento jurídico moderno básico para a regulação da sociedade desde os países mais democráticos aos mais ditatoriais, abrangendo inclusive o Estado Totalitário. Todos eles são, nessa visão formalista, Estados de Direito, o que acaba por destruir a própria noção revolucionária em que o Estado de Direito surge. Ao que parece, a lei do Estado de Direito original é

(28) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 116-119.

(29) "L'État c'est Moi", já afirmou um Imperador desse período.

(30) *Apud* SILVA, José Afonso da. *Idem*, p. 117.

(31) *Apud* SILVA, José Afonso da. *Idem*, *ibidem*.

diversa da lei atual. Aquela comporta um elemento ético que a eleva para além da mera norma emanada pelo Poder Legislativo, até por ser vista como extensão da lei natural, como a concretização do justo, a expressão da razão.

O Estado de Direito foi revolucionário não só por ter combatido o Antigo Regime, mas porque foi pensado justamente como o instrumento adequado para a concretização dos valores de liberdade, igualdade e fraternidade. Dada a íntima vinculação entre Estado de Direito e Lei, seria por meio dessa que ele realizaria aqueles valores tão ardorosamente defendidos.

No século XX, a lei foi continuamente formalizada e esvaziada de seu conteúdo ético, a ponto de se lhe passar a identificar com a norma proveniente do Poder Legislativo. E, juntamente com esse processo, o Estado de Direito torna-se oco. Isso gerou algumas das maiores atrocidades da história da humanidade, chegando-se a ponto de por em risco a própria existência da sociedade moderna enquanto tal, como pode ser verificado pela afirmação de Morin que explicitamente menciona como a racionalidade moderna privada de comprometimento sócio-político, pela primeira vez, foi capaz de realmente gerar a possibilidade de destruição o mundo³². Em complemento a essa idéia e visando a reforçar o risco do cumprimento impensado da lei na era moderna, Dwight Macdonald³³, foi taxativo ao afirmar em 1945, ainda não totalmente recuperado do impacto do Holocausto, que agora devemos temer mais a pessoa obediente às leis do que aquela que desobedece a elas.

⁽³²⁾ “A demência não levou a espécie humana à extinção (só as energias nucleares liberadas pela razão científica e só o desenvolvimento da racionalidade técnica dependente da biosfera poderão conduzi-lo ao desaparecimento)”, MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, p. 60.

⁽³³⁾ *Apud* BAUMAN, Z. *Modernidade e holocausto*, p. 178. Nessa mesma página, Bauman vai ainda mais longe ao dizer que “o Holocausto fez minguar todas as imagens lembradas ou herdadas o mal. Com isso, inverteu todas as explicações estabelecidas dos feitos maléficos. De repente ficou claro que o mais terrível dos males de que se tinha memória não resultou de uma ruptura da ordem, mas de um impecável, indiscutível e inatacável império da ordem. Não foi obra de uma turba ruidosa e descontrolada, mas de homens de uniforme, obedientes e disciplinados, cumpridores das normas e meticolosos no espírito e na letra das instruções. Bem cedo se soube que esses homens, sempre que estavam à paisana, não eram de modo algum maus. Portavam-se de forma bem parecida à de todos nós. Tinham esposas que amavam, filhos que papricavam, amigos que ajudavam e consolavam no infortúnio. Parecia inacreditável que, uma vez uniformizadas, essas mesmas pessoas fuzilassem, asfixiassem com gás ou presidissem ao fuzilamento e asfixia de outras milhares de pessoas, inclusive mulheres que eram esposas amadas e bebês que eram filhos queridos de alguém. Era não só inacreditável, mas aterrador (...) **A notícia mais assustadora trazida pelo Holocausto e pelo que soubemos acerca de seus executores não foi a probabilidade de que ‘isso’ pudesse acontecer a nós, mas a idéia de que nós poderíamos perpetrá-lo**”, BAUMAN, Z. *Idem*, p. 178-179.

Do enfrentamento concreto desses riscos, percebeu-se a necessidade premente de se recuperar a eticidade no Direito e no Estado³⁴, o que se faz, como será analisado mais detalhadamente no decorrer desse trabalho, através da explicitação de seu conteúdo pelo uso do adjetivo “democrático”. Tem-se de passar a falar em “Estado Democrático de Direito” justamente porque o conceito de “Estado de Direito” não é mais suficiente para atender os fins pelos quais surgiu. Dessa maneira, o conteúdo ético da lei e, conseqüentemente, do direito, expulso do âmbito deste por sua formalização excessiva, retorna através da nova qualificação que se agrega ao “Estado de Direito”. Principalmente, quando se percebe na democracia algo mais que a mera participação popular passiva nas urnas de uma democracia exclusivamente representativa³⁵. Para sua plena caracterização, faz-se necessária a existência de um conjunto de instituições políticas básicas, de um conjunto de condições econômicas, culturais e sociais favoráveis e um conjunto de esquemas político-constitucionais, como formas de governo e de controle judicial adequadas, de um sistema eleitoral respeitador das minorias e de um sistema partidário atuante³⁶. Quando se lha vê como a única forma aceitável para a realização plena da tolerância, do respeito social, da conscientização, da ação popular cidadã e, portanto, da realização dos valores revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade é que se compreende seu profundo papel transformador.

ESTADO SOCIAL DE DIREITO

As omissões e principalmente a adoção de uma postura essencialmente neutra por parte do Estado de Direito permitiram verificar a insuficiência das liberdades públicas de primeira geração. As lutas e os movimentos sociais do século XX, bem como a necessidade em muitos países

⁽³⁴⁾ Para comprovar tais fatos, vale a pena mencionar como inúmeros partidos políticos passaram a dar mais ênfase à questão da sua moralidade e ao seu agir consciente e ético do que à própria eficiência administrativa, que, se não foi abandonada, encontra-se fortemente mitigada em seu uso.

⁽³⁵⁾ Cançado Trindade menciona que “el *Informe sobre el Desarrollo Humano* del 1992 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) señala que **‘la democracia y la libertad dependen de mucho más que de las urnas’**”. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado*, p. 22.

⁽³⁶⁾ CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 237.

de acelerar seu processo de industrialização, transformaram essa postura do Estado Liberal.

José Afonso da Silva citando Elías Díaz³⁷ descreve esse sistema como a resposta política encontrada para associar crescimento econômico a uma tentativa de realização de justiça social. Hobsbawm, por sua vez, afirma que o comunismo pela segunda vez salvou o capitalismo ao forçá-lo a adotar mecanismos mais eficientes de distribuição das riquezas produzidas³⁸.

No Brasil, ainda que esse mesmo processo também tenha ocorrido, outro fator deve ser levado em conta para o favorecimento do estabelecimento do Estado Social de Direito, principalmente se considerarmos que as tentativas de distribuição de rendas no país sempre foram irrisórias. Esse fator fica claramente condensado na expressão “temos de fazer o bolo crescer antes de poder dividi-lo”. Podem não ser essas as exatas palavras, mas a idéia que lhe subjaz é inquestionavelmente clara. O intervencionismo deve ser posto em prática, não para evitar os abusos que as omissões do Estado Liberal de Direito geraram e sim para acelerar o processo de industrialização do país que, se deixado a cargo exclusivamente da iniciativa privada, ficaria extremamente debilitado.

As intervenções ocorrem tanto por intermédio de uma atuação direta do Estado nos setores de base em que a iniciativa privada ainda não pode assumir os riscos e os custos do empreendimento, quanto na forma de criação da legislação necessária à formação de um mercado, com regras claras e, portanto, com previsibilidade, em que o sistema capitalista torne-se viável. Portanto, mesmo quando se criam e implementam direitos sociais, isso é feito tendo-se também em vista o desenvolvimento econômico.

De qualquer maneira, ao conter um capítulo dos Direitos Econômicos e Sociais, implícita ou explicitamente, as Constituições se propõe a realizar o *Welfare State*, o Estado de Bem Estar Social. Mas o que é “bem estar social”? As respostas variam em número tão elevado quanto quando se questiona

⁽³⁷⁾ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 119.

⁽³⁸⁾ “A breve história do século XX não pode ser entendida sem a Revolução Russa e seus efeitos diretos e indiretos. Não menos porque se revelou a salvadora do capitalismo liberal, tanto possibilitando ao Ocidente ganhar a Segunda Guerra Mundial contra a Alemanha de Hitler quanto fornecendo o incentivo para o capitalismo se reformar. E também - paradoxalmente - graças à aparente imunidade da União Soviética à Grande Depressão, o incentivo a abandonar a crença na ortodoxia do livre mercado”, HOBBSAWM, E. *Era dos extremos*, p. 89.

sobre o que é o direito. “A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 - bem observa Paulo Bonavides - foram “Estados Sociais”, o que evidencia, conclui, “que o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”³⁹. Elías Díaz vai ainda mais longe ao afirmar que “saber se e até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito, não estaria em realidade encobrindo uma forma muito mais matizada e sutil ditadura do grande capital, isto é, algo que no fundo poderia denominar-se, e se tem denominado, neofascismo. (...) Ainda que institucionalizado no chamado Estado Social de Direito, permanece sempre sob este - **representado por seus grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos - essa tendência e propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial**, visando evitar, sobretudo, qualquer eventualidade realmente socialista”⁴⁰.

Essas afirmações de vários cientistas sociais e pensadores reforçam a tese inicialmente adotada nesse trabalho de que o Estado Social visa muito mais à aceleração do processo de industrialização ou mesmo a consolidação do sistema em países que já desfrutaram de certo grau de desenvolvimento, do que verdadeiramente uma distribuição mais equânime dos recursos.

Vale lembrar que não basta a existência de um Estado Liberal nem de um Estado Social para que se possa falar em verdadeiro Estado Democrático. Aliás, para a plena caracterização deste não basta nem mesmo a existência de instituições de caráter representativo. Há necessidade de participação efetiva, ou ao menos possibilidade de tal participação, de todo o povo.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito vem justamente para tentar resolver a inadequação do modelo do Estado de Direito e as falhas que o Estado Social, apesar da interferência no âmbito do econômico, não consegue sanar, por exemplo, as enormes desigualdades existentes ou a falta de efetiva

⁽³⁹⁾ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 120.

⁽⁴⁰⁾ *Apud* SILVA, José Afonso da. *Idem*, *ibidem*.

participação democrática do povo no processo político, inclusive com a devida consideração das idéias e interesses das minorias.

O Estado Democrático de Direito chega com uma importante missão, a saber, resgatar a cidadania e o jogo democrático, permitindo a recuperação dos parâmetros éticos em uma sociedade, com justiça social. No fundo, ele se propõe a resgatar os valores revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade.

Ele visa restaurar a liberdade ao garantir a efetiva participação de todo o povo no processo decisório.

Ele quer restaurar a igualdade, formal e substancial. Aquela na medida em que todos continuariam iguais perante a lei e esta, de forma gradual, pois, ao permitir a participação de todo o povo e também das minorias faria com que as vozes dos menos privilegiados fossem ouvidas e, no limite, aumentaria as chances de que suas reivindicações por uma fatia maior do bolo econômico e por respeito de suas diferenças fossem atendidas.

Ele objetiva restaurar a fraternidade, já que a participação no jogo da democracia com suas alianças instáveis aumentaria a percepção de que o outro é adversário em algumas questões, mas não em outras e que esse outro tampouco se constitui no inimigo a ser aniquilado, aumentando, assim, as chances de que o sentimento de irmandade aflore. Isso sem mencionar que o tratamento de respeito fraternal que a verdadeira democracia exige, manifestada na idéia de tolerância, diminui os ódios gerais e, por conseguinte, eleva consideravelmente as possibilidades da obtenção de uma ação cidadã respeitadora dos interesses e direitos dos outros, aumentando, destarte, a própria efetividade da democracia.

Mas como definir esse Estado Democrático de Direito que tanto quer? As definições são uma das partes fundamentais de qualquer trabalho que se pretenda científico. Sendo tão importante deve-se tomar muito cuidado quando se está a anunciá-la. Por isso mesmo, recorrer-se-á a uma explicação de um dos juristas que mais tem se dedicado ao assunto. Ele ainda está a falar do Estado de Direito *in genere*⁴¹, mas já se encontra muito próximo do Estado Democrático de Direito. Basta que a essa sua definição se acrescentem algumas características básicas e essenciais da dimensão democrática como os princípios da soberania popular, da representação popular, da intervenção

⁽⁴¹⁾ Embora não necessariamente do Estado Liberal de Direito.

e participação direta do povo, bem como um sistema eleitoral e partidário efetivo e eficiente para garantir, mesmo quando não haja possibilidade de participação direta do povo, sua fiel representação, além da garantia do direito à oposição, desde suas formas mais brandas até a desobediência civil. Ainda que não se trate de uma definição simples, chega-se através desse processo a uma idéia bem próxima da real noção do Estado Democrático de Direito.

“O princípio do estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (a doutrina alemã refere-se a *material-verfahrenmässiges Formprinzip*), que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado. (...) O direito compreende-se como um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições*. Articulando medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é simultaneamente, *medida material e forma* de vida (K. Hesse). Forma e conteúdo pressupõem-se reciprocamente: **como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da justiça, da efectivação de valores políticos, económicos, sociais e culturais; como *forma*, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar acções e comportamentos arbitrários e irregulares de poderes públicos”⁴².**

O Estado Democrático de Direito é essencialmente diverso do Estado de Direito e do Estado Social, na medida em que tanto o Estado de Direito quanto o Estado Social não passam de modalidades de Estado de Direito, ainda que suas formas de atuação sejam diversas. Na verdade, o “Estado de Direito” muitas vezes é tomado por “Estado Liberal de Direito” e “Estado Social” por “Estado Social de Direito”. O Estado Democrático de Direito vai além dos estritos limites do Estado de Direito, quer seja ele, repita-se, liberal ou intervencionista. Aliás, o verdadeiro Estado Democrático de Direito vai além da mera soma dos conceitos de Estado, de Democracia e de Direito. Ele representa uma verdadeira fusão atômica que origina algo novo, assim como a fusão de dois átomos de hidrogênio, elemento extremamente explosivo, com um de oxigênio, essencial para qualquer explosão, dá origem à água, que não só não é inflamável como ajuda a

⁽⁴²⁾ CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 242-243.

combater o fogo. Essa fusão cria algo diferente e, principalmente, algo maior que a mera somatória das partes, até porque, segundo José Afonso, ela incorpora um componente revolucionário de alteração do *status quo*⁴³.

Outra diferença: o Estado de Direito se propõe, o Estado Democrático de Direito se impõe⁴⁴. Não é à toa que a técnica constitucional daquele paradigma falava em normas programáticas. Nesse, o modelo correspondente é o de Constituição dirigente, como a seguir verificaremos. O Estado Democrático de Direito além de fixar os objetivos, indica o meio exclusivo para que se lhes atinja. É o meio democrático, mas meio de democracia substancial e não de democracia procedimental. Os objetivos devem ser implementados, estão por vir a ser. O caminho, ao contrário, já se encontra posto. O Estado Democrático de Direito nasce sendo. Nasce com conteúdo. Leis e comportamentos que não se coadunarem com esse conteúdo minimamente ético, estarão a feri-lo, ainda que possam trazer benefícios econômicos ou sociais. A Constituição de 1988 o proclamou e o fundamentou. O que for adverso àquele, será contrário à essa⁴⁵.

Há dois aspectos fundamentais relativos à legitimação e ordenação da coisa pública, quais sejam, o processo e o bem comum. “Se o primeiro aspecto é importante, dado que não é suficiente a ‘distribuição de bens’ dentro de uma ordem pressuposta ou posta - o domínio legal e legítimo não se basta com qualquer processo de fixação -, também a insistência unilateral no processo justo, com a apodíctica dedução de que a um processo justo corresponde um ‘justiça intrínseca’ - a estrutura processual

⁽⁴³⁾ “Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”, SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 123.

⁽⁴⁴⁾ Não se quer com isso dizer que o Estado Democrático de Direito resolve todos os problemas de uma maneira simplista e imediata. Como Canotilho já afirmou, “**a programática de uma constituição dirigente, democraticamente fixada e compromissoriamente aceite, aspira tornar-se a dimensão visível de um projecto de justo comum e de direcção justa**” (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 22). Simplesmente se quis apontar a idéia de que a Constituição do Estado Democrático de Direito vai para além do âmbito da mera fixação de fins últimos ou da fixação dos procedimentos para que cada um atinja seus próprios fins últimos. Ela, ao mesmo tempo, dá os fins, fixa o procedimento e encarrega certas pessoas do cumprimento das tarefas que especificou. Nesse sentido é que se deve entender que ela é uma constituição que se impõe, que dirige, pois. É óbvio, contudo, que ela pode ser descumprida e não efetivada. Mas aí se entra em um problema de efetividade da ordem constitucional que sai dos estreitos limites desse trabalho.

⁽⁴⁵⁾ “É a própria Constituição que torna obrigatória a observância de determinados valores e referências de sentido”, LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, p. 512.

a determinar a substância - deixa na sombra a específica exigência da normatividade material do Estado Democrático-Constitucional (...) A compreensão material de constituição passa, assim, pela ‘materialização’ dos fins e tarefas constitucionais. A simbiose das duas legitimidades - do processo e normativo-material - pretende ser realizada pelo Estado Democrático-Constitucional”⁴⁶.

A DEMOCRACIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DO DIREITO

A democracia está no meio da expressão “Estado Democrático de Direito”, qualificando o Estado e ao mesmo tempo intermediando sua relação com o direito. Só através da democracia se atingirá o direito pelo qual o Estado e também a sociedade civil devem se pautar.

Mas qual o conteúdo de democracia? Como saber se ela está sendo atingida? Enfim, qual o conteúdo dessa democracia?

Será de imensa utilidade não escapar aqui do que determina a constituição e, portanto, lembrar José Afonso quando esse afirma que “a democracia, que o Estado Democrático de Direito realiza, há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, § único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupões assim o dialogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o

⁽⁴⁶⁾ CANOTILHO, J. J. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*, p.19-20 e 23.

monismo das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir”⁴⁷.

DEMOCRACIA E PLURALISMO. NECESSIDADE DE OUTRAS VOZES. DIREITO DE OPOSIÇÃO.

O pluralismo político é um dos princípios fundantes, ou melhor, um dos fundamentos do Estado brasileiro. O pluralismo mostra-se essencial em uma sociedade complexa como a sociedade hodierna. Há pluralidade social, econômica, cultural, ideológica, não podendo qualquer sociedade que se pretenda democrática deixar fornecer um espaço para que elas também se manifestem em nível político. Por óbvio, a aceitação da pluralidade implica na aceitação da diversidade de interesses e, portanto, no conflito de interesses, ou seja, trata-se de uma sociedade naturalmente conflitiva. Disso advém tanto as fraquezas quanto as maiores virtudes da democracia. O grande problema que se põe em tais sociedades é a difícil tarefa de regular esses conflitos de modo a não gerar revolta e desagregação social. Sem mecanismos que funcionem como válvulas de escape das pressões sociais, todo o sistema poderia entrar em colapso. Nas democracias ocidentais modernas, a ampla possibilidade de expressar as próprias opiniões aliada à liberdade de união, inclusive religiosa, exerce um relevante papel em relação aos mecanismos supramencionados. No Brasil, aliás, até em face das miscigenações e dos numerosos sincretismos existentes, não poderia deixar de ser assim.

Mas algumas idéias devem ficar claras. Como afirma Burdeau, “politicamente a realidade do pluralismo de fato conduz à poliarquia, ou seja, a um regime onde a dispersão do Poder numa multiplicidade de grupos é tal que o sistema político não pode funcionar senão por uma negociação constante entre os líderes desses grupos. Nesse regime, o Poder não é uma potência unitária; ele é o resultado de um equilíbrio incessantemente renovado entre uma pluralidade de forças que são, a um tempo, rivais e cúmplices. Rivais porque cada uma visa fazer prevalecer seus interesses e suas aspirações; cúmplices porque as relações que elas mantêm entre si não vão jamais à ruptura que causaria a paralisia do sistema”⁴⁸. Mas ele vai além. Descreve

⁽⁴⁷⁾ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 123-124.

⁽⁴⁸⁾ *Apud*, SILVA, José Afonso da. *Idem*, p. 148.

quatro condições para que o pluralismo responda de forma positiva. Primeiro, deve haver um acordo sobre as regras gerais nas quais eles irão competir. Segundo, devem existir organizações sociais autônomas e que não se voltem integral ou principalmente à área política. Terceiro, deve haver uma relativa igualdade de recursos entre os indivíduos, mesmo que não haja nivelamento entre eles. Quarto, as decisões não podem gerar divisões irreduzíveis na sociedade.

Para que o pluralismo não gere um individualismo exacerbado e destrutivo, política e socialmente, há a necessidade de incentivo ao sentimento fraternal entre esses vários grupos.

Bem se vê, que o pluralismo aponta para a liberdade, pressupões uma certa igualdade e necessita de fraternidade. De forma plena, exige, pois, a democracia e é, portanto, melhor realizado no Estado Democrático de Direito.

Mas se o pluralismo usufrui do regime democrático, também a democracia bebe em suas fontes⁴⁹. Como já foi citado nesse trabalho, “*a voz da consciência moral individual é melhor ouvida no tumulto da discórdia política e social*”⁵⁰, afinal, “*a disposição de agir contra a própria opinião*

(49) “A democracia necessita ao mesmo tempo de conflitos de idéias e de opiniões, que lhe conferem sua vitalidade e produtividade”, MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, p. 108.

(50) Bauman, após uma série de reflexões acerca das experiências realizadas por Milgram, apresenta algumas conclusões verdadeiramente perturbadoras. “Como coloca Milgram, só quando se tem ... uma autoridade que ... opera num campo livre sem nenhuma pressão contrária além dos protestos da vítima é que se consegue a resposta mais pura à autoridade. Na vida real, claro, somos confrontados com grande número de pressões contrárias que se anulam mutuamente. O que Milgram deve ter querido dizer com “vida real” era a vida numa sociedade democrática e fora de uma instituição total: mais precisamente, a **vida nas condições de pluralismo**. Uma conclusão bastante notável do conjunto de suas experiências é que **o pluralismo é o melhor medicamento preventivo contra pessoas moralmente normais envolvendo-se em ações moralmente anormais**. Os nazistas tiveram primeiro que destruir todo vestígio de pluralismo político para deslanchar projetos como o do Holocausto, na qual a esperada disposição das pessoas comuns para ações desumanas e imorais tinha que ser calculada entre os recursos necessários - e disponíveis. Na URSS, a sistemática destruição dos reais ou supostos adversários do sistema ficou de fato séria somente depois de ter sido extirpado todo resíduo de autonomia social e, portanto, do pluralismo político que a refletia. **Se o pluralismo não for eliminado em escala societária global, as organizações com propósitos criminosos, que precisam assegurar uma persistente obediência de seus membros na execução de atos evidentemente imorais, ficam obrigadas à tarefa de erguer rígidas barreiras para isolar seus membros da influência “deliquescente” da diversidade de padrões e opiniões. A voz da consciência moral individual é melhor ouvida no tumulto da discórdia política e social**”, BAUMAN, Z. *Modernidade e holocausto*, p. 193-194.

*e contra a própria consciência não é função apenas do comando autoritário, mas resultado da exposição a uma fonte clara, inequívoca e monolítica de autoridade*⁵¹, o que é muito mais facilmente obtido em regimes não democráticos nem plurais, onde as vozes contrárias que se poderiam ouvir foram devidamente afastadas, caladas ou são, simplesmente, inexistentes ou inexpressivas⁵². Isso é ainda mais problemático na sociedade moderna tecnoburocrática na qual os cidadãos são afastados da tomada de decisão em favor de uma burocracia especializada e que, geralmente, adota uma mesma postura em todos os países. Tal qual a antiga nobreza, parecem membros de uma só família, com um só discurso, o que diminui, sobremaneira, a possibilidade de vozes discordantes.

Além disso, haveria alguma restrição ao pluralismo? Segundo Morin⁵³, há necessidade de que o outro possa afirmar, inclusive, conceitos que ante nossa perspectiva se mostrem heréticos. Se houvesse restrições, não haveria a real possibilidade de se liberar o indivíduo para atingir sua plenitude como bem entendesse, ferindo-se desse modo outro princípio constitucional, a saber, o da dignidade da pessoa humana.

Enfim, como já se afirmou, o direito de oposição, mesmo em sua forma extremada de resistência civil, é essencial para a possibilidade de crescimento individual e coletivo, além de se constituir como requisito existencial da plena democracia.

A LEI NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito tem um papel de recuperação essencial. Como qualquer Estado de Direito, funda-se no princípio da legalidade.

⁽⁵¹⁾ BAUMAN, Z. Idem, p. 193.

⁽⁵²⁾ Citou-se novamente a mesma idéia justamente por ser ela importante quer para a relação entre democracia e cidadania, quer por ser ela fundamental na compreensão da utilidade e necessidade da pluralidade para as sociedades modernas.

⁽⁵³⁾ “A democracia supõe e nutre a diversidade de interesses, assim como a diversidade de idéias. O respeito à diversidade significa que a democracia não pode ser identificada com a ditadura da maioria sobre a minoria; **deve comportar o direito das minorias e dos contestadores à existência e à expressão, e deve permitir a expressão de idéias heréticas e desviantes.** Do mesmo modo que é preciso proteger a diversidade das espécies para salvaguardar a biosfera. É preciso proteger a diversidade de idéias e opiniões, bem como a diversidade de fontes de informação e de meios de informação (impressa, mídia), para salvaguardar a vida democrática”, MORIN, E. *Os sete saberes necessário a a educação do futuro*, p. 108.

Mas, e aí reside sua peculiaridade, não na lei como expressão de um dos poderes, mas de uma lei democraticamente produzida e que intervenha na sociedade a fim de implementar os valores básicos previstos constitucionalmente.

Ante a falha dos nossos legisladores em criar leis que complementem os mandamentos da Constituição, muitos juristas e Tribunais têm usado de mecanismos, como o uso mais freqüente da “interpretação conforme a Constituição”⁵⁴, para revitalizar a legislação atualmente existente. Por isso mesmo se fala em constitucionalização do direito civil⁵⁵. Os princípios constitucionais trazem, assim, nova luz a todo o direito. E, da forma analítica que se põe a constituição pátria, jorra uma nova luz, realmente, por todo o direito, desde os aspectos econômicos aos sociais. Mecanismos finos de intervenção, como a possibilidade de imposição de parcelamento de terrenos ou de edificação compulsória ou mesmo tributação progressiva do artigo 182, § 4º, I e II, da Constituição da República, que evitam a especulação imobiliária e concretizam o interesse coletivo de exploração racional dos espaços urbanos, são previstos por toda a Constituição. É intervenção, mas intervenção pautada por um compromisso social e ético. Poder-se-ia aqui argumentar que essa característica já estava prevista no Estado Social, mas há uma diferença fundamental. No Estado Social, por melhor que seja a intervenção, poderá estar ela eivada de vício de origem em razão de não ser tal modelo reconduzível, de forma necessária, à democracia e seus valores.

CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Perceba-se, ademais, que não é só o comportamento que está comprometido com os valores democráticos expressos em nossa Constituição. O legislador também a eles está vinculado, assim como o intérprete que, entre duas opções tecnicamente aceitáveis, deve escolher a que mais se coaduna com referidos valores.

⁽⁵⁴⁾ Tal interpretação se faz à luz da constituição, sob os parâmetros que ela indica.

⁽⁵⁵⁾ Embora a expressão “privatização do direito constitucional” seja mais comum, quer pelo sobrevalor da Constituição, quer porque é essa quem traz a grande maioria das novidades, entendo ser mais pertinente a expressão “constitucionalização do direito privado”.

É indiscutível que os Poderes Executivo e Judiciário estejam vinculados à Constituição⁵⁶. Mas estaria o legislador ordinário, ou mesmo o legislador constituinte derivado, vinculado ao conteúdo da Constituição? Não mais teriam eles plena liberdade para disciplinar como bem entendam? Ante o Estado Democrático de Direito, parece que não. Como já foi afirmado, o Estado Democrático de Direito não traz meramente normas programáticas. Ele não só fixa planos, mas também os caminhos que devem ser trilhados para se atingir os fins a que ela se propugna. O legislador, sob pena de estar infringindo determinação do constituinte originário, não pode se afastar desses caminhos. A Constituição mostra-se, assim, como uma Constituição dirigente.

Não se pode, entretanto, tomar a idéia de constituição dirigente por uma tábua salvadora, como a panacéia para todos os males. Certamente, o núcleo essencial do debate centra-se no “que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais”⁵⁷, mas não basta afirmar a prevalência da constituição sobre a lei ou a vinculação jurídico-constitucional do legislador. “Com efeito, perguntar pela ‘força dirigente’ e pelo ‘caráter determinante’ de uma lei fundamental implica, de modo necessário, uma indagação alargada, tanto no plano teórico-constitucional como no plano teórico-político, sobre a função e estrutura de uma constituição”⁵⁸. Ou seja, “deve uma constituição conceber-se como ‘estatuto organizatório’, como simples ‘instrumento de governo’, definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins? Uma constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um ‘estatuto jurídico do político’, um

(56) “A bússola das valorações do juiz (ou dos agentes da Administração) vê-a ZIPPELIUS ‘no *ethos* jurídico dominante na comunidade’, nas ‘concepções dominantes de justiça’. O ‘*ethos* jurídico dominante’ não consiste numa soma de processos ao nível da consciência, mas no *conteúdo* de consciência de uma multiplicidade de indivíduos; é ‘espírito objectivo’, no sentido da teoria dos estratos de NICOLAI HARTMANN. **Fontes de conhecimento desse ‘*ethos* jurídico dominante’ são, antes do mais, os artigos da Constituição relativos a direitos fundamentais, outras normas jurídicas, e ainda ‘proposições jurídicas fundamentais da actividade jurisprudencial e da Administração, os usos do tráfego e as instituições da vida social’**”, LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, p.173.

(57) CANOTILHO, J. J. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 11.

(58) CANOTILHO, J.J. *Idem*, p. 11-12.

‘plano global normativo’, do Estado e da sociedade?”⁵⁹. A grande verdade é que não há, já faz muito tempo, uma teoria dominante em relação ao conteúdo típico do novo paradigma. A teoria constitucional do Estado de Direito Liberal não funciona mais e a teoria mais adequada ao Estado Democrático de Direito ainda se encontra em formação ou, pelo menos, em discussão. Cada pessoa deve, portanto, fazer sua escolha. Tem-se de advertir, entretanto, que essa escolha poderá significar, em última análise, vida e morte. E mais, a escolha tem de ser pautada por uma opção cidadã e não pelos interesses pessoais de cada indivíduo.

Uma das grandes vantagens, nesse momento conturbado pelo qual passa o direito mundial, da adoção das idéias contidas na teoria da constituição dirigente, reside no fato de que “a especificação da tarefa normativo-constitucional possibilita melhor o conhecimento da dignidade material da constituição do que um ‘não dito’, qualquer que seja o motivo indicado para a ocultação deliberada de princípios ou directivas”⁶⁰.

CONFLUÊNCIA DAS NOÇÕES DE ESTADO DE DIREITO E CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Os conceitos de “Estado Democrático de Direito” e de “Constituição Dirigente” talvez possam ser antevistos em numerosas passagens e teorias já propostas desde há muito tempo. Disso, muitos poderiam questionar a utilidade de se criar um conceito novo para algo já existente. Poderiam, tais críticos, tentar caracterizar referidas noções como mais um dos vários modismos que ocorrem nas ciências de tempos em tempos. A tais pessoas vale citar uma passagem de Karl Larenz que, apesar de longa, poderá ser considerada esclarecedora do que se quis afirmar nesse trabalho.

“Os princípios éticos-jurídicos dão pautas orientadoras da normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem ‘justificar’ decisões jurídicas. Distinguem-se dos princípios técnicos jurídicos, que se fundam em razões de oportunidade, pelo seu conteúdo material de justiça; por esse motivo, podem ser entendidos como manifestações e especificações especiais da idéia de Direito, tal como essa se revela na ‘consciência jurídica

⁽⁵⁹⁾ CANOTILHO, J.J. Idem, p. 12.

⁽⁶⁰⁾ CANOTILHO, J.J. Idem, p. 22-23.

geral', neste estágio de evolução histórica. Enquanto princípios não são regras imediatamente aplicáveis aos casos concretos, mas idéias directrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência, segundo o processo anteriormente descrito da concretização e do aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos. **Alguns deles têm, como vimos, o escalão de normas constitucionais. (...) Trata-se de um desenvolvimento do Direito superador da lei de acordo com um princípio ético-jurídico, sempre que um tal princípio, ou também um novo âmbito de aplicação de tal princípio, é conhecido pela primeira vez e expresso de modo convincente. (...) Segundo ESSER, os princípios jurídicos que não estão ainda positivados irrompem 'no pensamento jurídico pelo umbral da consciência, devido a um caso paradigmático'. Um dia serão formulados pela doutrina ou por um tribunal", e, por que não mencionar, por um sentimento geral de uma nação cansada de um longo processo ditatorial e traduzidos por uma Assembléia Constituinte, "e acham logo, de modo mais ou menos rápido, devido à força de convicção a eles inerente, reconhecimento geral na consciência jurídica do momento. (...) Aquilo a que DÖLLE chamou de 'descoberta jurídica' não é na verdade mais do que a formulação, pela primeira vez, de um tal princípio (ou de um novo âmbito de aplicação do princípio), mediante o qual se tornou apto a converter-se em parte integrante do Direito actual (como um 'todo de sentido')"**⁶¹.

O Estado Democrático de Direito e a idéia de "constituição dirigente" afluem, um dentro da constituição, o outro dentro da teoria dessa mesma constituição. São instrumentos complementares e aptos a revolucionar a vida de um ordenamento jurídico e de um povo que sob ele se encontre, simplesmente por que trazem um conteúdo ético mínimo que vincula, inclusive o legislador, para a criação de qualquer novo paradigma social que se queira implantar, como também, na manutenção do velho modelo. Nos dois casos, agir contra a minimização das misérias humanas e, por conseguinte, contra a elevação de uma massa crítica de cidadãos será inconstitucional, ainda que por tal não seja tomado.

Deve-se considerar também que o Estado Democrático de Direito passa por uma necessária democratização dos meios econômicos e culturais,

⁽⁶¹⁾ LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, p. 599-600.

incluindo-se aí o âmbito educacional. Não se está a pregar a adoção de qualquer forma de socialismo. Simplesmente a criação de uma ordem mais justa e que permita, como a própria Constituição da República de 1988, no seu artigo 193, determina, aumentar-se o bem estar geral através de uma política de efetiva justiça social. Com melhores condições econômicas e dispondo de uma educação com um mínimo de qualidade, a vida cultural do país seria enriquecida.

Não se trata, entretanto, de mera questão social. Essas questões encontram-se intimamente ligadas ao econômico. Como afirma Drucker⁶², a educação será essencial à economia do futuro. Numa sociedade da informação como se está a implantar no Brasil e no mundo, o nível de desigualdades tende a aumentar em paralelo à uma necessidade fabulosa por inteligências independentemente de sua origem. Sem isso a economia entrará em uma fase de estagnação. Com as desigualdades, o sistema torna-se cada vez mais perigoso, além do que, inteligências são descobertas com educação. O sistema não freado por valores democráticos pode estar a cavar sua própria sepultura. Por outro lado, o atendimento das novas exigências aliado à democracia pode realmente alterar e elevar toda a estrutura econômico-social e de relacionamento humano conhecidas, a um nível ainda impensável. Analise-se, por exemplo, alguns números do terceiro setor⁶³ também fornecidos por Drucker⁶⁴. Só nos Estados Unidos da América do Norte, 90 milhões de pessoas trabalham gratuitamente para o terceiro setor. Se fossem pagos seus salários superariam US\$ 150 bilhões ao ano. Isso sem contar toda a ajuda que esses setores trazem ao governo ou aos menos afortunados. Esse é apenas um exemplo do que a ação cidadã pode gerar em termos econômicos e de como pode ser verdadeiramente revolucionária tal ação consciente, democrática e mundial.

CONCLUSÃO

A relação entre a cidadania e a democracia é complexa. Principalmente quando perpassa pelo direito. É complexa porque várias são

⁽⁶²⁾ DRUCKER, Peter. *As novas realidades*.

⁽⁶³⁾ Trata-se das organizações não governamentais, não empresariais e não lucrativas.

⁽⁶⁴⁾ DRUCKER, Peter. *Idem*, p. 168.

as concepções que envolvem cada um dos três elementos. Todas são circundadas por ideologias, por crenças profundas, por posições, por posturas, por escolhas, ressonando no ser humano no que ele tem de mais íntimo, no definidor de sua própria individualidade.

Pelo que se verificou no presente trabalho, a melhora no nível global de democracia passa por um crescimento no nível de conscientização ética e, por conseguinte, no nível de uma ação cidadã. Este problema pode ser melhor equacionado no Estado Democrático de Direito ainda que ele, em suas características básicas, seja controverso. Esse novo paradigma de Estado traz um instrumental aparentemente adequado para a implementação das novas exigências sociais.

É lógico que na prática isso não será um mar de rosas. Pode haver falhas, pode haver conluios entre os Poderes, pode ser que nenhuma das exigências político-sociais seja por meio desse modelo estatal implementadas. Mas não é pelo fato de que nas mais altas esferas de poder há poucos mecanismos de coerção para o adequado cumprimento dos mandamentos, que o modelo de “Estado Democrático de Direito” deve ser abandonado. Mesmo que todos os mecanismos constitucionais de controle falhem e o “Estado Democrático de Direito” se torne apenas um rótulo, ainda assim a democracia será a bóia salvadora.

É bom que se conheçam as dificuldades porque passa o processo de efetivação da constituição, desde que isso não signifique desistência. Nunca se falou que a luta pela democracia e pela cidadania seria fácil. Aliás, o que se percebe é que essa luta somente tende a se recrudescer durante o transcorrer do século XXI. Os apologistas do fim da história sentiram-se livres. Sem o “monstro” comunista a lhes tirar o sono podiam finalmente deixar a máscara cair. Nada mais os impedia. Todos os direitos que foram dados podem agora ser tomados. Daí, talvez, a tendência, que se verifica desde a queda do muro de Berlim, em retroceder na idéia dos direitos civis e sociais. Não contentes, revisam a própria história, minimizando as conquistas democráticas ou tentando desqualificar as lutas com base num relativismo descrente. Não se limitam à discussão das idéias. Quando incomodados simplesmente mudam as versões oficiais, ou pior, mudam o próprio fato.

Acreditam essas pessoas realmente que esse processo de centralização de poder e riquezas será aceito sem mais nem menos? Mas, e as milhões, ou dever-se-ia falar em bilhões, de pessoas no mundo todo que

enfrentam o lado reverso dessa moeda de concentração de renda? Seria inocente acreditar que nada farão. Para os que já estão condenados à morte, morrer nada significa. O ataque às torres gêmeas de Nova York foi um aviso importante. Os que se consideram lixo, agem como tal. Se não lhes é devida qualquer consideração, por que eles deveriam ter consideração pelos outros? Não se quer aqui defender ou fazer apologia de ataques terroristas. Simplesmente demonstrar os perigos que rondam os “vencedores” e tentar apontar algumas saídas.

A menos que estejam dispostos a matar a todos os outros, o jogo democrático pautado pelos valores de liberdade, igualdade e fraternidade se impõe como único caminho a ser seguido. Somente ele pode permitir que o drama mundial não se torne uma tragédia de proporções dantescas. Como foi afirmado, essa luta não é fácil. Hoje, ela passa pela reconstrução da cidadania e da democracia em nível planetário. Nunca foi tão verdadeira a idéia de que nos salvaremos ou pereceremos juntos. Soluções ao estilo da ‘solução final’ nazista de replanejamento social com a exclusão de todos considerados inúteis não funcionarão. E, se funcionarem, também os sobreviventes estarão mortos. Mortos em seu cerne mais profundo, mortos em sua própria humanidade.

A luta que se tem de travar é, pois, uma luta necessária, sem a qual a plenitude do ser humano nunca será alcançada. Sem a democracia, ainda que como ideal a ser perseguido, a luta estará perdida antes mesmo de começar.

BIBLIOGRAFIA

1. AZEVEDO COUTINHO, Heliana Maria de. *O papel do juiz – agente político no Estado Democrático de Direito*. In: Justiça e democracia: Associação dos Juizes para a democracia, nº 1, p. 132-146, 1º semestre, 1996.
2. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
3. BRINDEIRO, Geraldo. *O futuro da democracia brasileira*. In: Revista da Procuradoria da República, nº 6, p. 141-143.
4. CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *Lãs paradojas Del Estado: modernidad, democracia y universalidad*. In: Revista da Faculdade de Direito, Curitiba: UFPR, nº 29, p. 39-69, 1996.

5. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 47, nº 183, p. 5-24, jan, 1994.
6. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
7. _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, [s.d.]
8. DALLARI, Dalmo. Constituição para um novo Brasil. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nº 63, p. 39-40, maio/ago, 1990.
9. _____. *O Poder político dos juízes*. In: Justiça e democracia: Associação dos Juizes para a democracia, nº 1, p. 93-100, 1º semestre, 1996.
10. DE GIORGI, Raffaele. *Democracia, estado e direito na sociedade contemporânea*. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 2, nº 4, p. 7-47, jul/dez, 1995
11. DRUCKER, Peter. *As novas realidades: no governo e na política, na economia e nas empresas, na sociedade e na visão do mundo*. 4 ed. São Paulo: Pioneira, 1997.
12. FARIA, José Eduardo. *Globalização econômica e reforma constitucional*. In: Direito, Estado e Sociedade: PUCRJ, nº 9, p. 23-33, 1996.
13. FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. amp. at. São Paulo: Saraiva, 2001.
14. FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. *Debate sobre a constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
15. GRAU, Eros Roberto. *Quem tem medo dos juízes (na democracia)?*. In: Justiça e democracia: Associação dos Juizes para a democracia, nº 1, p. 101-111, 1º semestre, 1996.
16. HOBBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
17. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

18. LOSURDO, Domenico. *Marx, a tradição liberal e a construção histórica do conceito universal de homem*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 51-52, p.37-58, jan/dez, 1999.
19. MANILI, Pablo Luis. *La utilidad de los mecanismos de democracia semidirecta como mecanismos de control de los poderes del estado*. In: Revista Jurídica de Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, nº I-II-III, p. 137-151, 1997.
20. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. 4 ed. at. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.
21. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. t. 1. Rio de Janeiro: Editora Guanabara [s.d.]
22. _____. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. t. 1. 2 ed. São Paulo: RT [s.d.]
23. MORAIS, Régis de. *A universidade desafiada*. Campinas: UNICAMP, 1995.
24. MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 4 ed. rev. at. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
25. _____. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2 ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2000.
26. OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. *A monografia jurídica*. 4 ed. rev. at. amp. São Paulo: RT, 2000.
27. PORTALIS, Jean Etienne Marie. *Discurso preliminar al código civil francés*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1997.
28. QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario. *Constitucionalismo democrático o democracia constitucional?*. In: Revista de Derecho: Universidad de Concepción, nº 202, julio-diciembre, p. 169-174, 1997.
29. ROMANO, Roberto. *“Lembra-te que és homem” Governantes e juízes no policraticus de Jean Salisbury*. In: Justiça e democracia: Associação dos Juízes para a democracia, nº 1, p. 153-161, 1º semestre, 1996.
30. ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Estado Social y democracia de derecho ante la crisis*. Revista de Ciencia Jurídicas: Universidad de Costa Rica, nº 60, p. 155-180, mayo/ago, 1988.

31. SAVONNET-GUYOT, Claudette. *Brésil 1984: La re-démocratisation tranquille*. In: *Revue française de science politique*. v. 35, nº 2, p. 261-294, 1985.
32. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
33. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *Constituição e democracia*. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro: UERJ, nº 6-7, p. 147-176, 1998-1999.
34. VIEIRA, Liszt. *Direito, cidadania, democracia: uma reflexão crítica*. In: *Direito, Estado e Sociedade*: PUCRJ, nº 9, p. 69-84, 1996.
35. _____. *O papel transformador do direito no estado democrático*. In: *Revista de direito da defensoria pública*, nº 8, p. 13-25, 1995.

ARTIGO

FRAUDE DE EXECUÇÃO*

Luis Arlindo FERIANI FILHO

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil é o ramo da Ciência Jurídica que, através de princípios e normas, se ocupa de garantir o ordenamento jurídico, buscando prioritariamente a composição dos conflitos de interesses.

Para que possam compor os conflitos, o Direito Processual Civil, além das normas, utiliza-se de forma mais acentuada dos princípios processuais existentes.

O processo de execução, além dos princípios gerais informadores da Ciência Processual, possui alguns que lhe são específicos. Dentre eles, pode-se destacar o princípio da livre disponibilidade da execução (CPC, art. 569), que a execução deve realizar-se de modo a satisfazer o credor com o mínimo de prejuízo do executado (CPC, arts. 620 e 716), sem levar este a seus familiares à fome, ao desabrigo, nem a uma posição incompatível com a dignidade do ser humano.

Consagrou-se, igualmente, como princípio, que a execução é real, ou seja, deve incidir sobre os bens, e não sobre a pessoa do devedor (CPC, art. 591).

I. FRAUDE CONTRA CREDORES X FRAUDE DE EXECUÇÃO

Para que não se confunda a fraude contra credores com a fraude de execução é necessário que se destaquem suas principais diferenças. Na

(*) Trabalho apresentado como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas - Teoria Geral do Processo Civil - Prof. Dr. Jorge Luís de Almeida.

primeira, são atingidos apenas interesses privados dos credores (arts. 106 e 107 do Cód. Civil). Na última, o ato do devedor executado viola a própria atividade jurisdicional do Estado (art. 593 do Cód. Proc. Civil).

Um dos atributos do direito de propriedade é o poder de disposição assegurado ao titular do domínio. Mas, o patrimônio do devedor é a garantia geral dos seus credores; e, por isso, a disponibilidade só pode ser exercitada até onde não lese a segurança dos credores.

Daí desaprovar a lei as alienações fraudulentas que provoquem ou agravem a insolvência do devedor, assegurando aos lesados a ação revocatória para fazer retornar ao acervo patrimonial do alienante o objeto indevidamente disposto, para sobre ele incidir a execução. Essa ação, utilizada para os casos de fraude contra credores, denomina-se ação pauliana e funda-se no duplo pressuposto do *eventus damni* e do *consilium fraudis*. Aquele consiste no prejuízo suportado pela garantia dos credores, diante da insolvência do devedor; e este no elemento subjetivo, que vem a ser o conhecimento, ou a consciência, dos contraentes de que a alienação irá prejudicar os credores do transmitente, desfalcando o seu patrimônio dos bens que serviriam de suporte para a eventual execução. O exercício vitorioso da pauliana restabelece, portanto, a responsabilidade dos bens alienados em fraude contra credores.

Entende-se, porém, muito mais grave a fraude quando cometida no curso do processo de condenação ou de execução. O eventual negócio não agride somente ao círculo potencial de credores. Está em jogo, agora, a própria efetividade da atividade jurisdicional do Estado. A fraude frustra, então, a atuação da Justiça, e, por isso, é repelida mais energicamente.

Nesta espécie de fraude, segundo o entendimento uniforme da doutrina, os atos de alienação ou de oneração realizados pelo obrigado se ostentam ineficazes. Não se cuida de ato nulo ou anulável.

Ensina, a este propósito, Humberto Theodoro Júnior, em seu livro *Processo de Execução*, 2ª edição, Leud, página 119: “o negócio jurídico, que fraudula a execução, diversamente do que se passa com o que fraudula credores, gera pleno efeito entre alienante e adquirente. Apenas não pode ser oposto ao exequente. Assim, a força da execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulenta, como se estas não tivessem ocorrido. O bem será de propriedade do terceiro, num autêntico exemplo de responsabilidade sem débito.” Neste mesmo sentido, assentou a 4ª Turma do STJ: “Na Fraude

de execução, o ato não é nulo, inválido, mas sim ineficaz em relação ao credor.”¹

Em contrapartida, a fraude contra credores é causa de anulabilidade do ato, cujo reconhecimento, e o conseqüente desfazimento daquele, ocorre em ação própria.

Não se requer, por isso, a presença do elemento subjetivo da fraude (*consilium fraudis*) para que o negócio incida no conceito de fraude de execução. A boa fé do adquirente também não é importante.

II. REQUISITOS DA FRAUDE CONTRA O PROCESSO EXECUTIVO

A doutrina aponta dois requisitos característicos da fraude contra o processo executivo: a litispendência e a frustração dos meios executórios.

Pode-se falar em litispendência apenas com a citação válida. Neste sentido, proclamou a 4ª Turma do STJ: “Para que se configure a fraude de execução, não basta o ajuizamento da demanda, mas a citação válida”.² O artigo 219 só prevê a retroação ficta no momento do ajuizamento do efeito interruptivo da prescrição, não da litispendência. Desse modo, o ato praticado pelo devedor antes da citação e depois do ajuizamento não constitui fraude contra a execução, somente se configurando fraude contra credores.

O ato fraudulento deve se referir a um processo pendente (art. 219, *caput*, primeira parte, do CPC), seja qual for a sua natureza (cognição, execução ou cautelar).

Nesse momento, algumas questões devem ser discutidas:

- No caso de o devedor ter várias obrigações, algumas controvertidas em processos pendentes e outras não, e se desfaça da totalidade de seu patrimônio. Há fraude à execução somente em relação aos titulares de créditos em juízo, não se beneficiando os demais, portanto, da litispendência alheia?

Cândido Rangel Dinamarco, em seu livro *Execução Civil*, 4ª edição, malheiros, pág. 283, esclarece que “não estando *sub judice* todos os créditos,

⁽¹⁾ 4ª T. do STJ, Resp. 3771-GO, 16.10.90, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, RJSTJ, 3(20)/282

⁽²⁾ 4ª T.STJ, Resp, 2.429-SP, 19.6.90, Rel. Min. Barros Monteiro, RJSTJ 2(12)/385. No mesmo sentido: 3ª. T. do STJ, Resp, 34.860-6-SP, 30.11.93, Re. Min. Nilson Naves, RJTJRS, 6(59)/298

entende-se que o negócio jurídico de alienação foi em fraude de execução apenas quanto àquela obrigação a que se referia o objeto do processo pendente à época. Só quanto a ela é que houve um ato que em princípio seria capaz de frustrar o exercício da jurisdição, impedindo futuro ato de sujeição executiva e caracterizando-se como atentado à dignidade da Justiça”.

No entanto, se a alienação tiver sido feita a título gratuito ou se houver elemento subjetivo da fraude, a eficácia do ato poderá ser eliminada também em benefício de outros credores, mediante o exercício da ação pauliana por um, alguns ou todos eles.

Nesse sentido, o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 2ª C., ap.n. 277.163, j. 1.4.81, tendo como Relator Cândido Rangel Dinamarco declarou que “a fraude de execução afere-se pelo próprio feito em que o bem veio a ser constrito. Do contrário, chegaríamos ao absurdo de permitir que um credor posterior aos demais, que não era credor ao tempo da alienação e muito menos tinha um processo pendente quando esta se deu, venha a obter autorização para uma penhora, em detrimento de garantia talvez já estabelecida em favor daqueles”.

- A extinção do processo através de sentença terminativa, *ex vi* do art. 267, que acontece no processo executivo mesmo à margem da “extinção” prevista no art. 794 do CPC, p.ex., faz desaparecer a fraude à execução praticada em seu decurso e não a repristina o juízo renovado posteriormente (art. 268, *caput*, primeira parte)?

Reiterada a demanda e instaurado outro processo, a fraude de execução antes perpetrada não autorizará que agora se venha a impor a sanção executiva sobre o bem, ou seja, extinto o processo e frustrados por esse meio os objetivos concretos do exercício da jurisdição então em curso, aquela fraude se mostra agora indiferente.

O réu considera-se liberado do vínculo representado pela litispendência e criado com a citação. A extinção do processo, nesse caso, apaga o vício representado pela fraude à execução então em estado de preparação e o ato agora só poderá eventualmente perder a eficácia caso tenha sido também praticado em fraude contra credores.

- Havendo nítida divisão entre o processo de conhecimento e de execução, extinta a fase de cognição, porque prolatada a sentença

condenatória, liquidada ou não, o credor deverá propor a demanda executória (art. 614, *caput*, do CPC). E se nesse intervalo o devedor aproveita para realizar fraudes?

Nesse caso, tem-se uma situação mais grave pois já existe uma certeza judicial da obrigação do alienante e então mais visível é a sua intenção de desfalcar a garantia dos credores. No entanto, por não estar em curso o exercício da jurisdição quando o ato foi praticado, dificilmente se poderá dizer que ele tenha constituído atentado à dignidade da Justiça, principalmente quando o credor esperar longo tempo para a propositura da ação de execução.

Referido entendimento, sustentado, dentre outros, por Cândido Rangel Dinamarco, deve-se ao fato de que não seria justo deixar o devedor por tempo demasiadamente longo sujeito a tal sanção. Assim como nos outros casos, a alienação poderá tornar-se ineficaz através da ação pauliana.

III. TIPICIDADE DA FRAUDE A EXECUÇÃO

O artigo 593, *caput*, averba de fraudulentos atos de alienação e de oneração de bens. Supõe-se a redução total ou parcial da garantia patrimonial.

A alienação comporta qualquer transferência de bens a título oneroso ou gratuito e, também, o processo simulado, cuja repressão incumbe ao órgão judiciário (art. 129). Expressam oneração os direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese) e os direitos sobre coisa alheia (art. 674, I a VI, do CC): p. ex., o usufruto e a habitação.

Mas outros casos, como a dação em pagamento³, a renúncia à herança, a interrupção da prescrição⁴ e, conforme o caso, a partilha de bens em separação consensual⁵, igualmente representam fraude contra a execução, o que significa que a indicação do artigo 593, *caput*, é apenas exemplificativa.

CPC Art. 593. - “Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

⁽³⁾ Pontes de Miranda, *Comentários*, v. 9/466; Amílcar de Castro, *Comentários*, n. 115, p. 81.

⁽⁴⁾ Mário Aguiar Moura, *Processo de Execução*, v. 1/97, n. 123.1.1.

⁽⁵⁾ 3ª Câ. Civ. Do TARS, Ap. 190010165, 21.2.90, Rel. Araken de Assis.

II- quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III- nos demais casos expressos em lei.”

1. Pendência de ação fundada em direito real

O direito real é um vínculo que liga uma coisa a uma pessoa. É um direito absoluto, por ser oponível a todos (*erga omnes*). O titular do direito real tem o poder de reivindicar a coisa onde quer que se encontre (direito de seqüela). O crédito real prefere ao pessoal (direito de preferência) (art. 1.560 do CC).

A alienação ou oneração de bens quando sobre eles pender ação fundada em direito real liga-se ordinariamente a uma execução para entrega de coisa. Nesse caso, a ineficácia atinge mais intensamente o ato, porque o próprio efeito traslativo de propriedade encontrará à frente de si a resistência do direito alheio: em caso de procedência da demanda em que o alienante é réu, naturalmente há de prevalecer esse direito sobre o de quem adquiriu a *non domino*.

Se pendia contra o alienante uma ação fundada em direito real de propriedade (ação reivindicatória ou de usucapião) e vier a ser julgada procedente, dono será, e como tal declarado em sentença, o autor da demanda e não o adquirente.

Nessa hipótese, mesmo que o executado tenha outros bens, livres e desembaraçados, restará caracterizada a fraude de execução, que, no caso, independe de insolvência (de fato ou de direito).

Referida alienação ou oneração só poderá ocorrer se o credor concordar em receber outro bem, devendo-se, ainda, ressaltar que o credor poderá optar por perdas e danos.

2. Alienação ou oneração de bens no curso de “demanda capaz de reduzi-lo à insolvência”

A hipótese elencada no inciso II do art. 593 do CPC assemelha-se a fraude contra credores, pois em ambas haverá o dano (*eventus damni*). No

entanto, na fraude de execução existe uma ação em curso, sendo dispensável a prova da má-fé (*cosilium fraudis*).

Exige-se a ocorrência de dois pressupostos: uma ação em curso e o dano resultante da circunstância do devedor reduzir-se a um estado de insolvabilidade.

Além das ações condenatórias, cujo caráter patrimonial naturalmente provocam semelhante estado, outras ações, penais ou civis, constitutivas (separação ou divórcio), declaratórias, executivas ou mandamentais, ensejam o resultado coibido pelo instituto.

O art. 748 do CPC define a insolvência. Ela não carece de prova cumprida e cabal para caracterizar a fraude, e, muito menos, impõe-se sua formal declaração, abrindo a execução coletiva, porque o art. 593, II, incide particularmente em execuções singulares. A cognição judicial, nesses casos, se torna sumária e é realizada no próprio processo em que a denúncia do credor se materializa. Exigir que o credor prove a inexistência de bens penhoráveis constitui exagero flagrante, provocando as dificuldades quanto a prova negativa. Neste caso, o ônus toca ao executado, principalmente quanto à titularidade de bens móveis, ou imóveis situados fora do juízo da execução.

Se vários bens foram alienados ou onerados, somente aqueles que levaram à insolvência estarão sujeitos à fraude de execução (geralmente, os últimos).

É de se notar que o ato fraudulento precisa ter ocorrido durante o andamento do processo. Assim, escritura pública de compra e venda anterior à pendência e transcrita durante esta, escapa aos efeitos do art. 593, II, do CPC, conforme julgado da 1ª Turma do STF.⁶

2.1. Presunção de insolvência

Não sendo encontrados outros bens a penhorar além daquele que o devedor alienou ou gravou já no curso do processo, a insolvência é presumida por lei (CPC, art. 750, inc. I) e ao meirinho, então, só restará mesmo lançar a constrição sobre ele. Feita a constrição judicial, é do adquirente o ônus de tentar afastá-la, ofertando embargos de terceiro.

⁽⁶⁾ 1ª T. do STF, RE 107.692/SP, 17.3.89, Rel. Min. Sydney Sanches, RTJSTF 130/786.

3. Demais casos expressos em lei

O art. 593, inciso III do CPC, prevê, genericamente, outros casos de fraude, desde que expressos em lei, podendo ser citado como exemplo:

- a quitação do *debitor debitoris*, a teor do art. 672, § 3º, do CPC;
- atos de alienação ou oneração após a inscrição da dívida ativa, *ex vi* do art. 185 do CTN. Neste último caso, para se configurar fraude contra a execução, se impõe, ao menos, o ajuizamento da execução fiscal, segundo a 1ª Turma do STJ⁷. Quer dizer, neste caso particular inexistente necessidade de litispendência, originada da citação, conforme a 2ª Turma do STJ⁸.
- Art. 261 do Código Comercial
- Art. 168, I, “e” e “t”, e 244 e 245 da Lei 6.015/73, etc.

3.1. Transferência da impenhorabilidade da residência familiar

O art. 4º, *caput*, da Lei 8.009/90, contemplou nova hipótese de fraude à execução, podendo a mesma ser incluída no art. 593, inciso III do CPC.

Art. 4º - “Não se beneficiará do disposto nesta Lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.”

Segundo dispõe o § 1º do art. 4º da lei 8.009/90, poderá ser conhecida e desfeita a fraude “na respectiva ação do credor”, ou seja, no âmbito do próprio processo executivo, mediante dois expedientes:

- transferência da impenhorabilidade para a moradia familiar anterior;
- anular-lhe a venda.

Desfazendo-se o devedor da moradia antiga, através de negócio paralelo ou pela inclusão da mesma no preço do novo imóvel, o ato judicial que anular a alienação, atingirá o adquirente.

⁽⁷⁾ 1ª T. do STJ, REsp 74.021 – SP, 13.12.95, Rel. Min. Gomes de Barros, DJU, 4.3.96, p. 5.375.

⁽⁸⁾ 2ª T. do STJ, Resp 11.379-0-RS, 20.10.93, Rel. Min. Peçanha Martins, RJSTJ, 6(57)/207.

Em qualquer hipótese, ao credor que almeja penhorar residência mais valiosa incumbe provar, mediante meios hábeis e convincentes, a insolvência e a má-fé do devedor. É preciso, pois, que nenhum outro imóvel do executado seja penhorável ou que ele, comparativamente à situação anterior, não satisfaça integralmente o crédito. Deixa de caracterizar a fraude se o valor do novo imóvel equivale ao do antigo, decorrendo a troca por motivos de comodidade, segurança, educação dos filhos, etc.

IV. REGISTRO DA CITAÇÃO E DO ATO DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL. DISTINÇÃO ENTRE NECESSIDADE E OBRIGATORIEDADE. O ENFOQUE SOB O ÔNUS DA PROVA

A grande discussão doutrinária e jurisprudencial refere-se à necessidade ou não da inscrição da citação e da penhora e, em desdobramento, se, inocorrente o ato registral, seria ou não ineficaz o ato de alienação ou oneração.

Duas, contudo, são as situações a considerar, a saber, necessidade ou não do registro da citação nos casos dos nºs I e II do art. 593 e a necessidade ou não do registro nas penhoras, arrestos e sequestros.

Apesar de não constar no art. 593, a alienação ou a oneração do bem objeto de penhora ou de arresto, com redobradas razões, também se afigura ineficaz. Mas é preciso que a penhora tenha se efetivado. Do contrário, mesmo que citado o executado, a hipótese reflui ao preceituado no art. 593, II, e se revela imprescindível a prova da insolvência.⁹

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “inexiste dispositivo legal ou razão jurídica para que a penhora impeça a alienação do bem penhorado. Ela tem a dúplice função de especificar o bem sobre que incide a concreta responsabilidade e assegurá-lo para a expropriação forçada, mediante sujeição às medidas executivas.”¹⁰ Como quer que seja, a alienação ou a oneração do bem objeto de penhora ou de arresto caracteriza fraude à execução, ou seja, o ato não é nulo, inválido, mas sim ineficaz em relação ao credor.

Discute-se a obrigatoriedade do registro da penhora de imóvel, *ex vi* do art. 167, I, nº 5 da Lei 6.015, de 31.12.73. Acresce notar que o art. 169,

⁽⁹⁾ 4ª T. do STJ, REsp. 4.132-RS, 2.10.90, Rel. min. Sálvio Figueiredo, RSTJ, 3(26)/346.

⁽¹⁰⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução Civil*, 5ª edição, revista dos tribunais, p. 348.

caput, deste diploma torna obrigatório o registro de todos os atos enumerados no art. 167, dentre os quais penhoras, arrestos e sequestros de imóveis.

Dentro dessa discussão, preponderava a tese de que a fraude na venda do bem imóvel penhorado prescinde do registro e surge tão-só da materialização do ato executivo, do qual deriva toda publicidade necessária. Exemplo é o julgado da 3ª Turma do STJ: “Não se exige o registro da penhora para fins de caracterização da fraude de execução”.¹¹

No entanto, em tal hipótese, o ato fraudulento deve ser realizado pelo próprio executado, jamais por terceiro relativamente ao processo, cuja boa-fé, merece amparo.¹²

FRAUDE À EXECUÇÃO - Alienação de imóvel penhorado - Venda realizada por terceiro que adquirira o bem antes da citação do devedor - Caracterização somente admissível se registrada a constrição antes da transação - Necessidade de preservar aquele que, não tendo adquirido o bem do devedor, agiu de boa-fé. (RT 669/186)

Contra a tese que elimina o registro, opõem-se as seguintes alegações:

- a Lei 6015/73, cuja inteligência é posterior ao CPC e, como lei ordinária, possui igual hierarquia, suprimindo ou revogando, portanto, disposição em contrário do Código, que em nenhuma passagem exige o registro da penhora;
- a publicidade do processo se mostra insuficiente para proteger terceiros de boa-fé: realizada a penhora através de carta, o ato não deixa vestígios na comarca da situação da coisa, mesmo após exaustiva investigação registral, onde, presume-se, ocorrerão os atos de disposição da coisa;
- ao menos na execução fiscal, o registro é obrigatório, nos termos dos arts. 7º, IV, e 14 da Lei 6.830/80.

Alguns doutrinadores, como Mendonça Lima e Sálvio de Figueiredo Teixeira ocupam posição intermediária, segundo a qual a falta de registro da penhora implica apenas elidir a presunção absoluta de ciência pelo adquirente

⁽¹¹⁾ 3ª T. STJ, REsp. 2.597-RS, 26.6.90, Rel. Min. Cláudio Santos, DJU 27.8.90, p. 8.322.

⁽¹²⁾ 3ª T. STJ, REsp. 2.653-MS, 18.9.90, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 27.8.90, p. 669/186.

do ato constitutivo, de modo que o credor prejudicado deverá provar a ciência prévia do adquirente.

Não há dúvida que o registro da penhora oferecerá ampla segurança ao credor, principalmente nas alienações sucessivas, conforme dispõe o art. 240 da Lei 6015/73: “o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior”.

Segundo resume Yussef Said Cahali, em seu livro fraude contra credores, pág. 486, “à força do vínculo que resulta da constrição judicial, sem qualquer consideração seja da boa-fé do adquirente ou do beneficiário, seja da existência de bens remanescentes no patrimônio do devedor-executado; e esteja ou não inscrita a penhora”, há ineficácia na alienação do bem penhorado, arrestado ou sequestrado. Em geral, a consequência é a exigência de prova, no mínimo rala, de que os terceiros conheciam ou deviam conhecer a constrição judicial.

Toda essa discussão se alterou com o advento da Lei 8.953/94, que introduziu o § 4º no art. 659, segundo o qual “a penhora de bens e imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro”.

“Art. 659 - Se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o oficial de justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios.

(...)

§ 4º - A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro.”

O dispositivo se aplica exclusivamente a bens imóveis, uma vez que os bens móveis são apreendidos e depositados (art. 664). O art. 659, § 4º nada dispõe sobre o procedimento do registro, incidindo, desta forma, a Lei 6.015/73. Cabe ao credor a iniciativa, pois a lei prevê a antecipação das despesas da inscrição, não incumbindo ao escrivão ou ao oficial de justiça adiantá-las. Assim, deverá o credor ser intimado para providenciar o registro, entregando na circunscrição imobiliária competente certidão do termo ou do auto de penhora (art. 221, IV, da Lei 6.015/73). Dispensa-se a expedição de mandado específico. Nada impede, porém, que o exequente, acompanhando as diligências do oficial de justiça, independentemente de intimação, entregue no cartório segunda via do auto de penhora (art. 665).

Na inteligência literal do art. 659, § 4º, enquanto não ocorrer o registro, que integra o próprio ato constitutivo, não prosseguirá o processo executivo, inviabilizando-se a própria intimação do executado (art. 669). Assim, a fraude somente se caracterizará se realizada após o registro.

No entanto, alguns doutrinadores, preocupados com o rigor legislativo, afirmam não se tratar de elemento do ato, mas simples fator de eficácia perante terceiros, e, por isso, eventual omissão na providência não travaria a marcha executiva. Mesmo assim, não se deixa de considerar que “a consequência prática dessa nova disposição será a inexistência de fraude de execução, capaz de permitir a responsabilidade patrimonial do bem alienado, sempre que a penhora não esteja registrada no registro imobiliário”.¹³

Na verdade, o registro só se mostra fator de eficácia da penhora perante os sub-adquirentes, a teor do art. 240 da Lei 6.015/73. Mesmo neste caso, a 3ª Turma do STJ entendeu que, “ineficaz em relação ao credor, a alienação do bem, pendente lide que possa levar à insolvência do devedor, a fraude de execução contamina as alienações posteriores, independentemente de registro da penhora que sobre o mesmo bem foi efetivada”.¹⁴

A aquisição do domínio, mediante ato posterior à constrição, não impede o registro ulterior desta, cabendo ao juiz da execução determiná-lo. A aquisição referida também não impede a expropriação do bem. E, finalmente, o registro da penhora obsta a transcrição de títulos posteriores, passados pelo executado a terceiros.

Em resumo, uma expressiva corrente de pensamento, apoiada na lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73, arts. 167, 169 e 240) entende que o registro seria necessário. Por outra, dar-se-ia o inverso.

No entender do doutrinador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Desembargador do TJMG, o exame da matéria ‘não deve ser focalizado sob a ótica da necessidade ou não do registro, mas sim do ônus da prova’.

Dessa forma, se o credor não promove o registro da citação, a fraude de execução somente estará caracterizada se ele, credor, vier a demonstrar a ciência, pelo terceiro, adquirente ou beneficiário da oneração, da existência da demanda em curso. Da mesma forma, a ineficácia da alienação ou oneração somente será reconhecida se o credor demonstrar que

⁽¹³⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma*, n. 21, p. 247.

⁽¹⁴⁾ 3ª T. do STJ. REsp. 34.189-2-RS, 14.3.94, Rel. Min. Dias Trindade, RJSTJ, 6(58)/353.

o terceiro tinha ciência da existência dos atos constitutivos da penhora, do arresto ou do sequestro.

1. Distinção entre publicidade dos registros e publicidade do processo

A publicidade do processo destina-se a tornar viável, com as ressalvas legais, o acesso dos interessados às peças da causa, não tendo o condão de gerar presunção de ciência, por terceiros, do que nele se contém.

Por outro lado, a publicidade dos registros possibilita que os compradores tenham acesso direto à condição registral do imóvel que possuem interesse, sendo que, confiando no Registro Público, tem a sua posse e seu domínio tutelados enquanto seus atos aquisitivos não forem desconstituídos.

2. O registro da penhora na execução fiscal

A Lei 6830/80, que rege a execução fiscal, determina que o despacho positivo da inicial importa autorização também para o registro da penhora ou do arresto (art. 7º, IV). Com tal inovação, o Direito brasileiro aproximou-se do sistema europeu, no qual a penhora somente se aperfeiçoa com a apreensão, o depósito e o registro. Por consequência, fortaleceu o princípio da publicidade como proteção ao terceiro de boa-fé e fator de segurança dos atos jurídicos.

3. A hipoteca judicial

Nos termos do art. 466 do CPC, “a sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos”.

A hipoteca judicial não atribui direito de preferência, mas de seqüela, valendo como meio preventivo de fraude, reclamando inscrição e especialização no álbum imobiliário.

V. A FRAUDE DE EXECUÇÃO COMO ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

Buscando tornar efetivo o princípio de que o processo deve constituir-se em eficaz instrumento da jurisdição, o legislador de 1973, além de coibir a litigância de má-fé, classificou determinadas situações como atentatórias à dignidade da justiça, dentre as quais incluiu a fraude de execução (CPC, art. 600, I), prevendo sanção a respeito (CPC, art. 601).

VI. PROCEDIMENTO E EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE EXISTÊNCIA DA FRAUDE CONTRA O PROCESSO EXECUTIVO

A declaração de existência de fraude à execução ocorre, *incidenter tantum*, no próprio processo executivo. Dependerá de postulação do credor, mas alguns autores entendem que pode ser decretada de ofício. Convém observar o contraditório, se o deferimento da constrição não for urgente, a fim de impedir alienação ou oneração sucessiva, assinando prazo para manifestação do executado. Eventual controvérsia se estabelecerá nos autos da execução e a cognição do órgão judiciário, se restringirá aos requisitos e a tipicidade da fraude. O pronunciamento do juiz representará decisão e desafia agravo. A 3ª Turma do STJ reconheceu interesse ao devedor-executado em impugnar o ato.¹⁵

Pretendendo o adquirente ou o beneficiário do ato negar a fraude de execução ou furtar-se às suas consequências, terá de valer-se dos embargos de terceiro.

Admitida a fraude, o ato jurídico, *lato senso*, efetuado pelo executado se ostentará inoperante para a execução, e os meios executórios atuarão sobre o bem ilicitamente subtraído à garantia patrimonial (art. 591).

Feita alienação do objeto do pronunciamento declaratório da fraude, competirá ao juiz da execução mandar registrar o título (carta de arrematação ou de adjudicação), independentemente do cancelamento do registro fraudulento, que é somente ineficaz.

⁽¹⁵⁾ 3ª T. do STJ, REsp. 3.338-SC, 14.8.90, Rel. Min. Cláudio Santos, DJU 10.9.90, p. 9.127.

Por essa razão o adquirente do bem, reconhecida a fraude, não poderá alegar, em proveito próprio, a impenhorabilidade da Lei 8.009/90, conforme proclamou a 3ª Turma do STJ.¹⁶

CONCLUSÕES

- A fraude de execução é instituto de Direito Processual, regido pelo Direito Público, que dispensa prova de má-fé e ação para desconstituição do ato, sendo indispensável ação em curso, inclusive com a regular citação. Por isso, simples protestos não geram fraude de execução;
- O ato fraudulento não é nulo ou anulável, mas ineficaz;
- Por atentar contra o desenvolvimento jurisdicional, a fraude à execução é considerada mais grave do que a fraude contra credores;
- Na fraude do nº I do art. 593 não é imprescindível o requisito da insolvência, sendo que o credor pode receber outro bem ou postular perdas e danos;
- Na fraude do nº II do art. 593 é indispensável prova da insolvência, contentando-se com a insolvência de fato. Dispensa-se a prova de má-fé e somente os últimos atos de alienação que concorreram para a insolvência estarão sujeitos a ineficácia;
- Tratando-se de sentença penal condenatória, exigem-se o trânsito em julgado e a instauração da liquidação;
- As alienações e onerações de bens sob penhora, arresto ou seqüestro são ineficazes perante o credor, porque o bem alienado está submetido ao poder jurisdicional do Estado, não se indagando a insolvência;
- Não é obrigatório o registro da citação. No entanto, inexistindo o registro, ao credor cabe o ônus de provar a ciência, pelo terceiro, da existência da demanda ou gravame;

⁽¹⁶⁾ 3ª T. do STJ, REsp65.536-6-SP, 14.8.95, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RJSTJ, 8(77)/194.

FRAUDE DE EXECUÇÃO

- A ineficácia do ato fraudulento afeta as alienações posteriores. O adquirente ou beneficiário poderá utilizar-se dos embargos de terceiro;
- A hipoteca judicial, tutelando o direito de seqüela, vale como meio preventivo contra a fraude de execução;

POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

Litispendência

EXECUÇÃO FISCAL - Fraude à execução - Inocorrência - Alienação de bens pelo sócio-gerente antes da sua citação - Irrelevância de a pessoa jurídica ter sido citada antes do negócio. (RT 415/772)

FRAUDE À EXECUÇÃO - Descaracterização - Alienação do bem a terceiro antes do ajuizamento da ação contra o devedor - Interpretação do art. 593 do CPC. (RT 348/774)

FRAUDE À EXECUÇÃO - Descaracterização - Dação em pagamento de imóvel a terceiro quando a ação executiva tinha sido apenas instaurada, não havendo prova cabal de que o devedor tenha se esquivado ao cumprimento da citação - Presunção de insolvabilidade elidida, ademais, uma vez que o inadimplente, por ocasião do ato citatório, apresentou outros bens à penhora.

Ementa Oficial: Não se pode cogitar em fraude à execução quando a ação executiva foi apenas instaurada, não havendo prova cabal de que tenha o devedor se esquivado ao cumprimento do mandado citatório pelo meirinho, não sendo suficiente para gerar a fraude a simples propositura da ação em juízo. A letra do art. 263 do CPC é no sentido de que para o réu a demanda gera efeitos a partir do momento em que é citado a integrar a lide, já os atos que antecedem à citação implicam em considerar proposta a ação somente para o autor. A presunção de insolvabilidade do devedor na fraude à

execução é elidida pela apresentação de outros bens à penhora, e assim o fez o devedor por ocasião da citação na execução, donde a contraprova no sentido de que a dação em pagamento do imóvel a terceiro foi a força motriz da insolvência do devedor passou a ser ônus do credor, a quem incumbia também provar o conluio e a má-fé entre o devedor e o terceiro. (RT 405/782)

Artigo 593,II

FRAUDE À EXECUÇÃO - Presunção - Admissibilidade - Devedores que não comprovam a afirmação de que continuam solventes com a disposição gratuita de bens após o ajuizamento da execução e que os valores remanescentes em seus patrimônios são suficientes para o pagamento dos débitos e respectivos acréscimos. (RT 254/771)

FRAUDE À EXECUÇÃO - Caracterização - Consumação da alienação do bem na existência de demanda pendente, não dispondo o executado de outros bens penhoráveis - Circunstância que impõe ao Juiz o dever de declarar a ineficácia do negócio jurídico. (RT 376/772)

FRAUDE À EXECUÇÃO - Descaracterização - Alienação, pelo devedor, de quotas sociais que estavam livres de constrição - Admissibilidade ainda que ao tempo da transação a execução já estivesse em curso - Hipótese em que não comprovada a insolvência do executado, estando o juízo, ainda, garantido pela penhora de bens móveis e imóveis. (RT 322/774)

FRAUDE À EXECUÇÃO - Descaracterização - Insolvência de fato - Pressuposto indispensável na hipótese prevista no art. 593, II, do CPC - Inexistência da inscrição no registro predial da citação do devedor, em ação que poderia reduzi-lo a insolvência, que impõe ao credor demonstrar que o terceiro adquirente do bem, alienado em momento posterior à efetivação do ato, tinha conhecimento da existência da demanda.

Ementa da Redação: A insolvência de fato é pressuposto indispensável para a hipótese de fraude à execução tratada no art. 593, II, do CPC, razão pela qual, não estando inscrita no registro predial a citação do devedor em ação que poderia reduzi-lo a insolvência, cabe ao credor demonstrar que o terceiro adquirente do bem, alienado em momento posterior à citação, tinha conhecimento da existência da demanda. (RT 222/776)

FRAUDE À EXECUÇÃO - Caracterização - Alienação realizada antes da ocorrência de citação válida - Hipótese em que configurada a insolvência do devedor - Necessidade, entretanto, de analisar a época em que ocorreu o ato de transcrição do imóvel no Registro Imobiliário, em função de ser este o momento em que se transfere a propriedade e não a data da lavratura da escritura - Interpretação do art. 593, II, do CPC.

Ementa da Redação: Embora a fraude à execução nos termos do art. 593, II, do CPC somente se caracterize após a ocorrência de citação válida, é possível reconhecê-la antes do ato citatório, se configurada a insolvência do devedor, sendo necessário, entretanto, analisar a época em que ocorreu o ato de transcrição do imóvel no Registro Imobiliário, em função de ser este o momento em que se transfere a propriedade, e não a data da lavratura da escritura. (RT 324/778)

FRAUDE À EXECUÇÃO - Descaracterização - Comprovada existência de outros bens de valor maior que o devido - Necessidade de que a alienação ou oneração do bem, ainda não constrito, conduza o devedor ao estado de insolvência - inteligência do art. 593, II, do CPC.

Ementa Oficial: Para que fique configurada a fraude à execução nos termos do art. 593, II, da lei instrumental, imperioso, além dos demais requisitos, estar demonstrado que a alienação ou oneração do bem, ainda não constrito, conduz o devedor ao estado de insolvência. A comprovada existência de bens outros de valor maior do que o devido descaracteriza a fraude, mesmo que presente a alienação ou oneração. (RT 290/780)

FRAUDE À EXECUÇÃO - Inocorrência - Imóvel alienado pelos devedores depois de citados na execução, e transferido, pelos adquirentes, a terceiro, após efetivação da penhora - Necessidade, na primeira hipótese, de prova de que a demanda reduziria os devedores a insolvência e de que o adquirente tinha motivo para saber da existência da ação - Segunda hipótese que dependeria do registro da penhora, a cargo do exequente, ou de prova de má-fé do subadquirente - Inteligência do art. 593, II e III, do CPC. (RT 184/779)

Embargos de Terceiro

EMBARGOS DE TERCEIRO - Execução - Reconhecimento de fraude em compra e venda - Admissibilidade do conhecimento dos embargos para defenderem, pelo menos, o aspecto possessório.

Ementa da Redação: Reconhecida, no processo de execução, fraude na compra e venda, devem ser conhecidos os embargos de terceiros propostos, pois, se não lograrem êxito na defesa da propriedade, sempre haverá o aspecto possessório a ser discutido. (RT 265/775)

Execução Fiscal

EXECUÇÃO FISCAL - Fraude à execução - Caracterização - Venda de veículo pertencente a sócia, na pendência de ação fiscal movida contra a sua empresa desprovida de bens patrimoniais - Alienação que deve ser havida por inexistente - Inteligência do art. 185 do CTN.

Ementa da Redação: A falta de bens patrimoniais que garantam a satisfação de débitos fiscais enseja a responsabilidade tributária dos sócios da pessoa jurídica executada fiscalmente, os quais podem ter os seus bens particulares penhorados. Assim a venda de um carro pertencente a sócia, na pendência de ação fiscal movida contra a sua empresa, caracteriza fraude à execução, devendo ser havida por inexistente, como dispõe o art. 185 do CTN. (RT 231/771)

EXECUÇÃO FISCAL - Fraude à execução - Inocorrência - Alienação de imóvel sobre o qual recai penhora não registrada em cartório e cuja transação operou-se antes da regular citação de que havia executivo fiscal em andamento - Presunção de fraude, contida no art. 185 do CTN, que não é de índole subjetiva, mas objetiva. (RT 192/775)

Registro

FRAUDE À EXECUÇÃO - Caracterização - Alienação do imóvel depois do ajuizamento da execução - Irrelevância de que a penhora não tenha sido registrada.

Ementa da Redação: Fica caracterizada a fraude à execução, se o devedor aliena o imóvel depois do ajuizamento da execução, sendo irrelevante para a fraude que a penhora não tenha sido registrada. (RT 260/776)

(RT 351/778)

O E. STJ vem expressando posição que prestigia aqueles que defendem a possibilidade ou necessidade de se comprovar se ocorreu má-fé do adquirente na alienação por terceiro, verbis:

“Embargos de terceiro adquirente. Fraude de execução. Ausência de registro de penhora. Prova da ciência. Ônus do credor-exeqüente. Orientação doutrinária- jurisprudencial em tema polêmico. Segundo entendimento que tem sido acolhido no STJ, com lastro em orientação doutrinária, para a caracterização da fraude de execução, ao exeqüente, que não providenciou o registro da penhora, cabe provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem em constrição judicial” (REsp 22.866-RS, DJU 16.11.1992).

“Embargos de terceiro. Fraude de execução. Penhora não inscrita no registro imobiliário. É da doutrina e da jurisprudência que não revelada a litispendência ou litigiosidade da coisa constritada, via inscrição da penhora no registro imobiliário, legítimo é o reclamo de terceiro, um dos adquirentes sucessivos do bem litigioso, de livrá-lo da constrição, quando de boa-fé o comprou” (REsp 68.212-6, de São Paulo, Boletim do STJ, de 15.04.1996, p. 45).

“Fraude à execução. Penhora não registrada. Se a penhora não foi registrada só é eficaz perante terceiros, provando-se que estes conheciam ou deviam conhecer a constrição judicial. Inconsistente a alegação de negativa de vigência ao art. 593, II, do CPC. Precedentes. Recurso conhecido, pelo dissídio, mas não provido” (REsp 47.806-5, do Rio de Janeiro, DJU de 31.10.1994, p. 29.495).

De igual passo, vem decidindo o C. Tribunal de Justiça paulista:

“Embargos de terceiro. Execução. Oposição por adquirente de imóvel. Penhora não inscrita. Prova da má-fé para caracterização da fraude à execução. Abertura de dilação probatória. Para a caracterização da fraude de execução, ao exequente, que não providenciou o registro da penhora, cabe provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem em constrição judicial” (ApCiv. 233.996-2, de Jundiaí, RJTJSP 169/58).

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, 5ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 4ª edição. São Paulo, Malheiros, 1994.

MATTOS E SILVA, Bruno. *Fraude à Execução, Registro Imobiliário e Boa-Fé Objetiva*. Revista de Direito Imobiliário - 47

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Fraude de Execução, Responsabilidade Processual Civil e Registro da Penhora*. Revista de Processo- 98.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Fraude de Execução*, Revista dos Tribunais 609/07.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. 2ª edição. São Paulo, Leud, 1975.

WATER RESOURCE ALLOCATION: LEGAL AND INSTITUTIONAL IMPACTS ON BULK WATER REMOVAL IN CANADIAN AND BRAZILIAN DRY AREAS

Sandra Cilce de AQUINO

ABSTRACT

First, this paper addresses the concept of BWR for its economic and physical implications, analysing Manitoba and other water laws that cover direct or indirect BWR issues.¹ Regarding Brazilian water legislation, the concept of BWR remains implicit because there are no BWR rules. Second, my paper focuses on BWR opportunities and problems, including BWR purposes, especially to supply water to drought regions. BWR benefits and costs, impacts and alternatives are also analysed. Then, it summarises the results of the previous analyses in order to understand that, although BWR benefits can be less than its costs because of its economic, hydrologic, environmental and social impacts, BWR still remains an alternative to water scarcity. However, this approach tends to be implemented without verifying both the natural and mechanical alternatives available in the environment for water “re-allocation”, namely conservation and other “potential solutions” for

⁽¹⁾ *Alberta Water Act*, S.A.1996, c. W-3.5, *Alta. Reg.* 193/98, *Alta Reg.* 205/98, *Alta. Reg.* 91/99, *Alta. Reg.* 200/99; *British Columbia Water Act*, R.S.B.C. 1996, c. 483, and *Water Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 484; *Manitoba Water Rights Act*, R.S.M. 1988, c. W 80, *Water Power Act*, R.S.M. 1987, c. W 60, and *Water Resources Conservation and Protection and Consequential Amendments Act*, S.M. 2000, c. 11; *Newfoundland Water Resources Protection Act*, S.N. 1999, c. W-4.1; *Nova Scotia Water Resources Protection Act*, N. S. 2000, c.10 and *Water Act*, R.S.N.S. 1989, c. 500 as amended 1992, c. 14, s. 53; 1993, c. 19, s. 3; 1994-1995, c. 1, s. 176 (14); *Ontario Water Resources Act*, RSO 1990, c. O. 40, *O. Reg.* 285/99, and *Water Transfer Control Act*, R.S.O. 1990, c. W.4; *Quebec Water Resources Preservation Act*, S. Q. 1999, c. 63.

water scarcity.² In other words, the inefficiency of water allocation systems, based on inappropriate legal frameworks and the lack of enforcement, helps to create shortages of water among users and to create the need for new water supplies making water transfers inevitable.

Based on the statements (1) “that individual actors are susceptible to incentives” provided by institutions, which can be both “informal such as customs and codes of behavior” and “formal such as legal regulations and laws,”³ and (2) that the features of water laws have contributed to water shortages,⁴ this paper examines the impact of “formal institutional arrangements” for water allocation management⁵ and the “real” need for

⁽²⁾ Regarding water shortage problems, Percy mentioned other methods different from water storage facilities which have to be considered. He also pointed out that rarely is there “the question of whether water rights legislation exacerbates water shortages and, if it does, whether there are any readily available methods of reform”: Percy, “Water Rights Law and Water Shortages in Western Canada”, *Canadian Water Resources Journal*, Vol. 11, Nº 2, 1986; at 18. The legal aspects and problems of water transfer are studied in Chapters 2 and 3. Regarding institutional arrangements and scarcity problems, see David Percy, “The Institutional Creation of Water Shortages on the Canadians Plains”, *Symposium on Interbasin Transfer of Water: Impacts and Research Needs for Canadas, Saskatoon, Saskatchewan 9 and 10 November 1987* Edited by W. Nicholaichuk and F. Quinn (Ottawa: Canada Environment, 1987), at 451. See also David Percy: “Water Rights in Alberta”, *Alberta Law Review*, Vol. XV, 1977, “Legal and Jurisdictional Aspects of Interbasin Transfer”, *Canadian Water Resources Journal*, Vol. 6, Nº 2, 1981; *The Framework of Water Rights Legislation in Canada* (Calgary: The Canadian Institute of Resources Law, 1988).

⁽³⁾ Karin E. Kemper, “The Cost of Free Water: Water Resources Allocation and Use in the Curu Valley, Ceara, Northeast Brazil”, *Linkoping Studies in Arts and Science*, 137 (Linkoping, Sweden: Linkoping University, 1996), at 33.

⁽⁴⁾ Percy, *supra* note 2, “The Institutional Creation of Water Shortages on the Canadians Plains”, at 451.

⁽⁵⁾ They are relevant parts of the constitution and the related water and environmental laws and policies. This term “formal institutional arrangements” is concept-based on Kemper’s explanation of “institutional arrangements”. She explained that the term institutional arrangements “indicates the structural nature of institutions,” and they “are the structures within which decision making takes places”, *supra* note 3, respectively, at 33 and 45. She also distinguished “between three categories of institutional arrangements; formal and informal institutional arrangements in the water sector, and institutional arrangements originating in other sectors”, at 46. Examples of institutional arrangements in the water sector are: 1) formal- “national water laws, the constitution, governmental or municipal decrees, and administrative rules;” 2) informal- “customs, generally accepted codes of behavior, and social norms;” 3) those “originating in other sectors” - “electricity pricing, market access, and credit markets”, at 46 and 47; see also Figure 2.1 Institutional Arrangements Influencing Water Resources Allocation and Use, at 46, and Table 2.1 Categories of Institutional Arrangements Affecting the Incentive Structure in the Water Sector, at 48. Regarding the constitutional framework related to water resources in either Canada and Brazil, their formal institutional arrangements and the significance of rules relevant to water allocation and BWR includes the division of powers, water jurisdiction regards water ownership, legislative power and management jurisdiction. For instance, some international issues such as water trade under NAFTA rules in Canada. This paper argues that both federal and provincial governments, in Canada and Brazil, can simultaneously apply important rules for BWR within existing, albeit different constitutional powers. Consequently, jurisdictional conflicts can emphasise the complexity of water allocation systems and also add costs to BWR projects. A clear and defined jurisdictional division is essential for a water allocation management regime that is without conflicts and with wise enforcement. As a result, the constitutional rules relevant for and related to BWR can be “pro” or “con” for water scarcity, such as when interprovincial water problems arise.

Bulk Water Removal (BWR)⁶ as a water supply mechanism for Canadian and Brazilian dry areas. The problem is simple: how do present day legal arrangements contribute to or complicate water scarcity problems and the demands for BWR. Both⁷ Canada and Brazil have a relative abundance of water resources, albeit not evenly distributed over their territories. As a result, they have dry areas such as Palliser's Triangle⁸ in western Canada and the Drought Polygon in Brazil's northeast, where are located for instance, respectively, the province of Manitoba and the state of Ceara. Both Manitoba and Ceara have similar environmental and socio-economic aspects regarding water needs: drought seasons,⁹ high water demands, agricultural activities. Moreover, a) regarding Manitoba: 1- "water shortages arise most frequently in southern Manitoba, 2- as a west water legal regime, change have been required for water allocation issues,¹⁰ and 3- this province has already established BWR rules; b) regarding Ceara: 1- it is a Brazilian state that has already established its water legislation system, and 2- it has an installed system of reservoirs and other tools as water supply mechanisms. 3- Ceara does not have any water transfer rules for BWR but it is included as a receiving water area in the planned Sao Francisco River Transposition. In both

⁽⁶⁾ The BWR concept is based on the Canadian federal program: large-scale removals of water by man-made diversions, such as canals, tanker ships or trucks, or pipelines. It is not necessarily exported out of province or the country but it is "exported" from its basin of origin; Environment Canada, *The Management of Water: Bulk Water Removal and Water Export – Frequently Asked Questions*, (Environment Canada: Fresh Water, 1999) on line < <http://www.ec.gc.ca/water/index.htm> > (last update: 18 August 1999).

⁽⁷⁾ Canada and Brazil are relatively equal in size but vastly different in populations. Canada is the larger, with 9,922,330 sq. km., while the land mass of Brazil is 8,514,215.3 sq. km. However the Canadian population is only 28 million, compared with 169.590.693 million Brazilians, Fonte: Censo Demográfico 2000, IBGE. Both retain polyglot populations that are European based; Canada has an official bilingual culture (English and French) but Brazil has an exclusively language (Portuguese), besides the several Aboriginal languages. Canadians have the English common law tradition, except for codified civil law in Quebec, while Brazil follows the continental European civilian legal system.

⁽⁸⁾ "Arid areas of the southern prairies". "The area was first thoroughly described by the Palliser expedition in 1858-59, when it was too arid to be valuable for agriculture," Percy, "Water Rights in Alberta", *supra* note 2, at 143.

⁽⁹⁾ They occurs in the Prairie Ecozone, which "extends across the Prairie provinces and into the midwestern United States, including the southwestern corner of Manitoba. The original ecosystem has been modified extensively by agriculture", *State of the Environment Report for Manitoba, 1997* (Manitoba: Manitoba Environment, 1997).

⁽¹⁰⁾ Percy, *supra* note 2, "Water Rights Laws and Water Shortages in Western Canada", at 15.

places there are claims for granting water supplies for dry seasons through transfers such a BWR.

On the other hand, BWR projects are challenged for their potentially harmful impacts. Bulk water removal (BWR) in the Canadian legal system means any “large-scale removals of water by man-made diversion, such as canals, tanker ships or trucks, or pipelines. It is not necessarily exported out of the province or country but it is exported from its basin of origin.”¹¹ In the Brazilian system, there is neither specific legal nor administrative definition for bulk water removal. However BWR could be recognised by implication in the national water law provisions referring to “... other uses that affect the flow, quantity, or quality of water existing in a body of water,”¹² which require an award. That is, any water project that removes water from its basin of origin to anywhere affecting the flow, quantity, or quality of water. It is not possible to analyse each operative word in the BWR concept in Brazil because of the general lack of statutory definitions. However, there is no specific Canadian legal BWR concept either, because the provincial water statutes¹³ do not explicitly define what bulk water removal is. So, we are left only with the federal Canadian definition of BWR and need to examine¹⁴ its operative

⁽¹¹⁾ *Supra* note 6 [emphases added].

⁽¹²⁾ Article 12, item V of *Law 9433/97*, establishes the National System of Water Resource Management and the National Policy of Water Resources, and it is the legal framework that Brazilian States have to limit their water statute content: *Lei Federal 9.433/97 de 08 de Janeiro de 1997, Política Nacional dos Recursos Hídricos*, 2a.ed. rev. atual. (Brasília: Ministerio do Meio Ambiente-MMA, Secretaria dos Recursos Hídricos-SHR, 1999). As well, Ceara Water Law requires a award for “any undertaking that consume, or affect the flow, quantity or quality of water resources, surface or ground waters,” Article 4 of *Law 11 996/92*, which establishes the Ceara State Water Resources.

⁽¹³⁾ *Supra* note 1.

⁽¹⁴⁾ This examination is based on related water statutes, *ibid.*, but not all statutes have definitions or even clauses that allow an implicit interpretation. For example, *Quebec Water Resources Preservation Act* does not define any operative words. Moreover, it is a simple statute that does not establish many clauses regarding BWR, so probably any details will be done by regulation.

words: “large-scale”, “removal”,¹⁵ “water”,¹⁶ “man-made diversion”¹⁷, “exported”¹⁸, and “basin of origin”¹⁹.

⁽¹⁵⁾ There is no definition of “removal”, only the fact that it is not allowed and that an intention for removal is considered to be within British Columbia’s rules. Perhaps because of this open description it is not opportune to define “removal”¹⁵, only to understand that all actions or even intentions to take water out of Canadian provinces are not allowed. Therefore, a permission water system can consider as “removal”, all water that is transferred, translated, transmitted, transported, transposed, conducted, moved, taken from, extracted, or removed from its basin of origin. That is, it does not matter which verb the law uses to express “removal” of water because that noun identifies an “unnatural” relocation of water out of its basin of origin, which means that BWR occurs.

⁽¹⁶⁾ Water has been clearly understood as all surface and ground water, in any of its forms, liquid, solid or gas, by both systems, Canadian and Brazilian. In the Brazilian system, water is classified by differing criteria such as: (1) Regarding water’s localisation in the ground: a) ground water is water located at a certain depth in the subsoil; and, b) surface water is water located “on” the surface of the earth. This classification allows a sub-classification: internal surface (rivers, lakes, seas), and external surface (territorial sea, high sea), (2) Regarding water’s predominant use: briny, salty, and freshwater. It is classified according to a resolution of the National Council of Environment (Conselho Nacional do Meio Ambiente/CONAMA), number 20/86. In the same way, the Canadian system establishes the concept of water; for example, “water” means all surface water or ground water, whether in liquid or solid form: *Manitoba Water Resources Conservation and Protection Act and Consequential Amendments Act*, Section (1) Definition, *supra* note... Furthermore, most BWR statutes also define water with this same meaning, see the other Canadian provincial water acts. Applying both water concepts, Brazilian and Canadian, in the BWR definition, “large-scale removal of water” must be clearly understood as all surface and (or) ground water, and in any of its forms, liquid, solid or gas. At no point in Canadian legislation is a chemical definition offered (i.e., “H₂O”): for the law, “water” is water. It is an operative word that not only can define the BWR as an extraction of surface and/or ground water, but also can define the jurisdiction where the competence of freshwater and salt is different. That is, it is under provincial jurisdiction. Moreover, in Brazil, groundwater is exclusively a state competence, while surface water depends of its localisation and ownership, federal or state. Therefore, BWR management can be under both jurisdictions, federal and state.

⁽¹⁷⁾ Man-made diversion, “such as canals, tankers ships or trucks, or pipelines,” gives a partly exemplary list, and it is possible that new man-made diversions can be regularly invented. This list allows legal prohibition to any invention of diversions that can remove, transfer or take out water. That means that a “man-made diversion” is an open legal concept. Manitoba as well as British Columbia, Newfoundland, Quebec and Nova Scotia define neither “man-made diversion” nor “any way”. They just establish “removal of water from”, which means that the law does not consider by what “means,” respective acts, *supra* note. So, any means for removal of water can be considered. To transfer or remove water “**by any means**” is established in the Alberta and Ontario legislation. However, in practice, there are different effects, such as ecological and economic effect, from each type of diversion which the law should consider, such as ecological and economic effects; see Richard C. Bocking, “The Real Cost of Dams, Diversions, and Water Exports”, in *Water Export: Should Canada’s Water Be for Sale? Proceedings of a Conference held in Vancouver, British Columbia on May 7-8, 1992* (Ontario: The Canadian Water Resources Association, 1992), at 283, and Charles Birt, “Infrastructural Requirements for Bulk Water Export by Tankers”, in *Water Export: Should Canada’s Water Be for Sale? Ibid.*, at 45-56. For instance, there are effects such as those from the indivisible nature of reservoirs and canals and from other man-made mechanisms. Bocking noted that “tanker export raises serious questions about water rights and the impact of withdrawals on coastal estuaries,” *supra* note 17, at 283, he emphasised the high level of risk in water exports by tankers, and stressed that one accident would be enough for a catastrophe. In conclusion, project by project each different “man-made diversion” has to be assessed regarding its distinct impacts, when considering the means that can lessen such impacts relative to the environment.

A water permission system requires a clear definition of the adjective in “large-scale”, in order to determine which water removal is or is not BWR. How much water must there be before it is a BWR? What amount of water measures “large-scale”? The answer ultimately must be relative and arbitrary. The concept of “large-scale” can be differently recognised; for example, the *British Columbia Water Protection Act*²⁰ establishes: “large scale project”, which means a project to divert or extract a peak instantaneous flow of 10m³ or more a second of water. The *Newfoundland Water Resources Protection Act*²¹ does not define “large-scale”; however, it allows that “water may be removed from the province where the water is contained in containers of not more than 30 litres in volume”, S. 5 (a)²². The question remains: how to interpret these rules? Does legal

(18) BWR is legally understood as a “water export;” however it is not only as transference inter-frontiers, but also as intra-boundaries. *Manitoba Water Resources Conservation and Protection Act* prohibits a removal of water “...from a water basin or sub-water basin” (S.2), *supra* note 1. If BWR occurs it is a water transference from an original basin to anywhere, within or out of province. Therefore, the legal issue here related to BWR is that it is a kind of “water export” which can be under both federal and provincial jurisdictions, because BWR can occur as different kinds of “export”: intra-provincial, inter-provincial, inter-national. As a result, it can be a polemical issue between Canadian provincial and federal levels of governments, regarding international agreements under environmental and trade issues. For instance, can the Canadian provincial BWR regulations “influence” or pre-empt the water export rules of NAFTA? Could water be exported from B.C. where there is a BWR moratorium to the U.S.A. on NAFTA rules? Furthermore, can an intra or inter-provincial transfer, which is a type of “water export”, be a precedent for opening “international water export”?

(19) A basin of origin is the first locale of the water, the primitive place where the water originated. Most water laws do not define what an original basin is but they indicate where specified basins are; for example, the *Manitoba Water Resources Conservation and Protection Act*, Section (1) recognises that “**water basin**” means the Manitoba portion of the Hudson Bay drainage basin. While, in Section 1, *Alberta Water Act* establishes: (1) (gg) “**major river basin**” means (i) the Peace/Slave River Basin, (ii) the Athabasca River Basin, (iii) the North Saskatchewan River Basin, (iv) the South Saskatchewan River Basin, (v) the Milk River Basin, (vi) the Beaver River Basin, and (vii) the Hay River Basin, with boundaries as specified in the regulations. Alta. Reg. 205/98 establishes in Part 2 Diversion and Transfers, Section 10 (1), Major river basin boundaries, note.... On the other hand, the *Quebec Water Resources Preservation Act*, *ibid.*, simply establishes “...no water taken in Quebec...”, S. 2, without identifying any original basin other than the whole of Quebec. In conclusion, the basin of origin is that place where the water originated. A province has discretion to establish itself as a basin (the whole province), major basins (different provincial regions as distinct basins) and even as sub-basins (subdivisions within the major basins). Moreover, water laws and policies have adopted the river basin approach as a territorial unit for water management.

(20) *Supra* note 1, in S. 1 “Definitions and interpretations

(21) *Ibid.*

(22) The same legal technique is in the *Ontario Water Transfer Control Act*, *supra* note 1, S. 3 (6): “[S]ubsection (2) does not apply to water packaged in a container having a volume of 20 litres or less.” Subsection (2) is the major prohibition of transference of water.

positivism apply: what is not prohibited is allowed? If the measure of water that can be removed is under 30 litres in Newfoundland, how many containers at one time are allowed?

However, the effects²³ of any water transfer are more important than the quantity of water removed. Any water transfer regulation of BWR should consider these effects, rather than the quantity of water itself. For instance, the *Manitoba Water Resources Conservation and Protection Act* does not specifically define “large-scale,” but it clearly considers BWR as any amount of water “that could, individually or collectively, have significant adverse effects on the ecological integrity of Manitoba’s water resources or their associated ecosystem.”²⁴ Regarding the amount of water removed there is a distinction between small and large water transfers. Gary Fritz²⁵ has

(23) Faced with any water transfer’s uncertain effects, one symposium had as an objective: “to identify the data and research needed to improve our understanding of the implications of water transfer in terms of natural processes, social values and policy alternatives”, the *Symposium on Interbasin Transfer of Water: Impacts and Research Needs for Canadas*, *supra* note 2, at vii. But besides water transfer uncertainties, it is possible to assess among its implications the morphologic effects. In the context of Canada’s “opportunities for large scale storage and diversion projects and whose rivers exhibit highly variable and complex morphologies, the morphology of rivers is important because it provides the physical framework for many other river-related resources such as fisheries, recreation and navigation. By far the most important factor determining the morphology of a specific river reach is the flow regime. When it is artificially altered through interbasin diversion or regulation, morphologic changes invariably follow, but they can range from barely perceptible to dramatic for reasons that are not necessarily obvious a priori”, Rolf Kellerhals, “Morphologic Effects of Interbasin Diversions”, *Symposium on Interbasin Transfer of Water: Impacts and Research Needs for Canada*, *supra* note 2, at 7. The water transfer effects are studied in this chapter.

(24) *Supra* note 1. Like Manitoba’s Act, the *Nova Scotia Water Resources Protection Act* asserts that “...whereas large-scale removals of water, individually or cumulative, may compromise both the ecological integrity of a system and sustainability of the resource...”, *ibid*. Even though “large-scale” is not measured, the amount is determined by the impact on the environment. Moreover, Section 8 (1) foresees that “the Governor in Council may make regulations: (c) defining any word or expression used but not defined in this Act,” *ibid*. Probably, a regulation will establish what is understood as “ecological integrity” and “sustainability”, which are debatable concepts.

(25) Gary Fritz, “Exporting Water: Toward a Policy Framework”, in *Water Export: Should Canada’s Water Be for Sale?* *Supra* note 17, at 57.

emphasized different types and sizes²⁶ of water exports, noting that: “the export of products that rely heavily on the use of water such as beverages, electricity, and paper; containerized shipments of water by truck, rail, or ocean tanker; pipelines carrying treated water supply between neighbouring communities; and minor interbasin diversions of shared boundary waters are generally considered small-scale exports.”²⁷ In addition, “large mega-projects” are those such as the North American Water and Power Alliance (NAWAPA), and the Grand Recycling and Northern Development (GRAND) Canal.²⁸ Besides the large-scale water transfer effects, there are the effects

(26) In most cases, size is adopted as one water transfer criterion for its implementation because of the quantity of water supply and economic reasons. However, “how much water should be provided in region ‘X’?” Usually, “the procedure was to estimate total and urban population in each water resource region for a certain period, the quantity of water used per capita and per unit of product, total national output of water-related goods and services, and the regional distribution of production, and from these estimates to construct the regional total of water for withdrawal uses, on-site use, and flow uses”, Charles W. Howe and K. William Easter, *Interbasin Transfers of Water-Economic Issues and Impacts* (Baltimore and London: Johns Hopkins Press, 1971), at 18. This method assumed that: 1) supplies of water will continue to be available at current prices; 2) there will be no technological change; and, 3) current inefficiencies in the use of water will persist; *ibid.* However, this technique can generate errors, “for under the stimulus of water shortage and increasing prices for water, the relationship of water use to population and production will change substantially. The basic difficulty with the requirements approach is that it makes no attempt to measure water-related benefits, a quantity necessary for rational water development decisions”, *ibid.* Discussion of benefits and costs of water transfer comes *infra* at (pp. added in last version). This approach clearly does not consider dynamic population characteristics such as growth and migration.

(27) Gary Fritz, *supra* note 25. Moreover, regarding small-scale exports, he explains that “in fact, given their relatively limited impact on society, the environment, and the general availability of water, these small-scale transactions are often not considered exports at all”, *ibid.*, at 58. On the contrary, others advocate that small-scale exports have harmful effects on the environment; for instance, “Cheryl Mendoza, a project manager with the Lake Michigan Federation, said the governors should be looking for ways to protect the lakes from a series of little diversions rather than a single big exportation proposal: ‘the real danger now is from the combined effect of proposals like that of the Perrier Corp. in Michigan and elsewhere to withdraw water from the Great Lakes basin in numerous smaller projects that fall under the minimum threshold;’ by Katherine Rizzo, “Great Lakes governors want water export agreement in place by 2004”, *The Metro Region* (14 December 2000) on line <<http://www.startribune.com/stOnLine/c/s.dll/article?thisStory=83143737>> great lake. Frank Quinn also has stressed the distinction between small and large scale water transfer, remained the Canada’s Inquiry 1985, which has position: “in its eventual response, the federal government accepted this distinction rather than try to provide one sweeping policy for all situations”, in “Treading water: will Canada ever settle the export issue?”, in *Water Export: Should Canada’s Water Be for Sale?*, *supra* note 17, at 114. So, the polemic related to small and large scale water transfer effects still has an important place; see also Bocking’s commentary *infra* note 17.

(28) Gary Fritz, *supra* note 22, at 58. Summary description of the projects: 1) the North American Water and Power Alliance (NAWAPA) is a project developed in the early 1960’s by the Ralph M. Parsons Company, with plans to transfer 160 million acre-feet per year from Alaska, northwestern Canada, and watersheds surrounding Hudson Bay and James Bay to arid areas in midwestern and western United States, the prairie provinces of Canada, and northern Mexico. “The total drainage of the project encompasses about 1.3 million square miles, with runoff of 800 to 1,000 million acre-feet per year (MAFY). The estimated cost of the project in 1990 dollars is \$300 billion,” *ibid.*; and 2) the Grand Recycling and Northern Development (GRAND) Canal is a project “conceived in 1959 by Tom Kieras, calls for the construction of a dike between Hudson Bay and James Bay to transfer, currently a salt water body, into a fresh water lake through the impoundment of rivers that empty into the Bay. According to the plan, water that would be reversed and canals, dams, power plants, and locks would be built to deliver this “new” water into the Great Lakes. The Great Lakes, in turn, would become a reservoir for fresh water waiting to be transferred to other destinations in North America. The estimates cost of the project in 1989 was \$100 billion,” *ibid.* Regarding other projects descriptions, see Charles W. Howe and K. William Easter, in Table 2. Summary of Information on Plans Proposed for Regional Water Transfer, *supra* note 26, at 12-13.

of small-scale water transfers to be considered: “Unfortunately, it is precisely at the land-water margin that the impact of water projects is most severe, whether for hydroelectric generation or for water diversion and export. Since the most serious impacts result from the first water removed, even a small diversion can have serious consequences.”²⁹ If a small diversion already presents serious consequences, a large-scale water removal has characteristics that emphasise these outcomes: size, indivisibility of system, and a life-span.³⁰ A large-scale project’s impacts cannot be denied. These are economic, hydrological and ecological.³¹ Unfortunately, most of the analysis of water transfer projects considers the economic aspects but too often denies environmental and social ones.³² However, even an economic analysis recognises the unavailability factor in water transfer projects involving BWR, which need to consider: 1. Project’s Characteristics;³³ 2. Benefits and

⁽²⁹⁾ Richard C. Bocking, *supra* note 17, at 279. “The Real Cost of Dams, Diversions, and Water Exports”, in *Water Export: Should Canada’s Water Be for Sale?* *Supra* note 17, at 279.

⁽³⁰⁾ Characteristics pointed out by Charles W. Howe and K. William Easter, *supra* note 26, at 4.

⁽³¹⁾ *Ibid.* at 5.

⁽³²⁾ *Supra* note 25, at 64, Gary Fritz argued that the social and environmental impacts of water exports should be evaluated from an ecosystem perspective.

⁽³³⁾ As commented, large-scale water removal projects present high economic, social and ecological costs from their distinct characteristics: size, indivisible system, life-span. Actually, both small and large-scale water removals present numerous effects as explained previously.

⁽³⁴⁾ Charles W. Howe and K. William Easter used some concepts such as “direct benefits”, “secondary benefits” and “costs” criteria for American water transfer projects such as the Columbia River-Colorado River transfer economic evaluation. The authors developed some criteria for this economic evaluation. For instance, regarding measurement of direct benefits, they suggested that “there are several ways in which direct benefits from water can be measured. The first utilizes the demand function for some water-using entity, the level of aggregation depending upon the particular problem. A second method uses as a budget approach to determine willingness to pay by computing a residual ‘left-over’ to water. Other methods use data on farm sales, water sales, and water rentals”, *supra* note 26, at 21. All methods and analyses are in this book, because the goal here is not to explain the economic rules of water transference by calculus, statistics and so on, but only to point out the “potential” results of an economic evaluation. The authors also argued that “it is possible to state the set of conditions that must be fulfilled by any proposed interbasin transfer project if it is to be justified on grounds of economic efficiency,” *ibid.* at 21. Questions from these conditions: 1-How do we measure direct benefits to the (initial) individual water user? 2-How do we trace and value the direct benefits from return flows generated by the initial users? 3-Under what conditions will there be secondary benefits and costs from a national point of view and how do we measure them?

Costs;³⁴ 3. Purposes³⁵ and Considerations; 4. Measured Impacts and Alternatives.³⁶ As J.C. Day and Frank Quinn pointed out, regarding some water projects in Canada: “the forecasts of project costs, benefits, and markets for energy, crops or other outputs have often been overly optimistic. Normally, project costs are much higher and benefits much lower than the originally anticipated.”³⁷

Regarding hydrological and ecological impacts, surely, they vary from project to project but they can occur during the construction period and through the operating lifetime. For instance, operating impact concerns in the Gisborne Lake Water Bottling and Export Project³⁸ led Environment Canada

⁽³⁵⁾ The purpose of most interbasin transfers is to provide water both for “the replacement of water supplies that are being exhausted or degraded” and for the expansion of economic development activities such as “irrigation agriculture”, Charles W. Howe and K. William Easter, *supra* note 26, at. 56, and “hydro-electricity,” David Percy, “The Institutional Creation of Water Shortages on the Canadian Plains” *supra* note 2. As in Canada, the few Brazilian water projects related to water transfers have been for energy generation. However, water uses and environmental aspects to be considered in BWR are not only directly related to each project’s purposes but also to those that can be indirectly identified project by project, also those distinct consequences from consumptive and non-consumptive water uses such as fish and fish habitats, recreation.

⁽³⁶⁾ H.G. Hengeveld, “Climate Change and Water Resources”, in Proceedings of the Symposium on Interbasin Transfer of Water: Impacts and Research Needs for Canada, *supra* note 2, at 33.

⁽³⁷⁾ J.C. Day and Frank Quinn, “Dams and Diversions: Learning from Canadian Experience”, *Proceedings of the Symposium on Interbasin Transfer of Water: Impacts and Research Needs for Canada*, *supra* note 2, at 53. Regarding costs and benefits forecasts and the conclusion that benefits are less than the costs in water transfer projects, see also Charles W. Howe and K. William Easter *supra* note 26.

⁽³⁸⁾ *Guidelines for Preparation of the Terms of Reference for the Gisborne Lake Water Export (McCurdy Group) Proposal*, document prepared by the Environmental Assessment Committee (EAC) of Newfoundland as a requirement for the Gisborne Lake Water Bottling and Export Project. So, the proponent of this project responded to the guidelines’ requirements in the Terms of Reference (TOR). Both guidelines’ requirements and its answers are available in the “Terms of Reference for the Preparation of an Environmental Impact Statement and Comprehensive Study Report”, Jacques Whitford Environment Limited, *Gisborne Lake Water Export Project* (1997) [unpublished, archived at Department of Environment and Labour of Newfoundland]. This project was proposed by the McCurdy Group of Companies of Gander, which would “bottle and export high quality water from the Gisborne Lake, Grand Le Pierre, located on Fortune Bay, Newfoundland,” LGL Limited, *Environmental Impact Statement and Comprehensive Study Report Gisborne Lake Water Bottling and Export Project (EIS and CSR)* (1998) [unpublished, archived at the Department of Environmental and Labour of Newfoundland] at 1. This project would include the “construction of the following infrastructure :1- flow control structure (low head barrier) at the Gisborne Lake, 2-Intake at the south end of the lake, and 3- a combination tunnel/ pipeline to a bottling plant and marine loading facility,” *ibid.* at 1. “The plan would be constructed on the east side of Grand Le Pierre Harbour in order to serve the proposed marine lodging facility, to be constructed near the harbour’s entrance. Water (on the order of 300,000-500,000 cubic meters (m3) per week) would be withdrawn from the lake to be bottled for export as well as piped to tankers. At full production, one ship per week (alternating tankers and freight vessels) would dock at the loading facility. The design life of the proposed facilities is 30 years

to provide comments regarding the EIS operation requirements,³⁹ such as information on routine operation and maintenance of the water bottling and export facility, in particular, information regarding the operation regime (rate, timing, and duration of water withdrawal), routine monitoring, maintenance and inspection of equipment, and procedure for marine and surface transportation of water.⁴⁰ Any water transfer project requires the assessment of potential impacts (of construction, operation and maintenance, as well as decommissioning of the proposed undertaking) on fish and fish habitat within a watershed, on instream flow needs, as well as on other environmental aspects, such as resource conflicts and the wildlife perspective. This should also include a discussion of resource conflicts, potential effects of de-watering within the watershed and economic, social and cultural implications for surrounding regions.⁴¹

Unfortunately, most rivers, lakes, ground water supplies and other sources of water have been used to often for different purposes without water quality and quantity considerations. Water resources have been consumed, used, and discharged. However, each of these water uses can have distinct effects and values: economic interests, hydrological aspects, ecological conditions, social claims, aesthetic merits and others.⁴² Moreover, regarding

but the Project could run many more years than that, " *ibid.* at x. The water would be exported to world markets, according to the proponent: "the project has been proposed in response to the excellent and growing worldwide markets for both bottled and bulk freshwater. As such, it represents a good prospect for economic development," *ibid.* This project is one of the data bases for BWR opportunities and problems' commentaries developed here.

⁽³⁹⁾ EIS in the item 2.4.4 Operation, the proponent gave some general explanation such as: "the operation of this facility is expected to have minimal impact on the environment. A water tanker, with tugboat assistance, will be moored at the marine facility and connect to the pipeline. A trained operator will be in place to reduce potential for uncontrolled release of water," *ibid.*, at 31

⁽⁴⁰⁾ LGL Limited, the *Environment Impact Statement (EIS) and Comprehensive Study Report Gisborne Lake Water Bottling and Export Project Addendum* (1999) [unpublished, archived at the Environmental of Newfoundland], at 8. This document is an addendum of Gisborne's EIS prepared by LGL Limited for McCurdy Group of Companies to respond to "the various government agencies, Environment Canada, Fisheries and Oceans, and the Water Resources Management Division of the Department of Environment and Labour, through the Environmental Assessment Committee," *ibid.*, at 1.

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, at iv.

⁽⁴²⁾ Regarding legal effects in water rights; for instance, consumption of water such as irrigation can decrease water supply affecting equitable distribution of water: Maria Concepcion J. Cruz, *Legal and Institutional Issues of Irrigation Water Rights in the Philippines* (Laguna, Philippines: Agrarian Reform Institute, University of the Philippines at Los Banos, 1987), Table 2, Different Forms of Use for Water Right, at 7.

the different values of water uses, they have different considerations for different persons and groups in society. Certainly water uses for purposes such as energy production, or generally for industry or for irrigation, have strong economic considerations. On the other hand, what great economic returns exist for water uses that are related merely to human and wildlife uses, and their health and ecological aspects?

There will always be a dispute in establishing priorities for each of these interests in water allocation.⁴³ Who decides which is the preferable water use?⁴⁴ Which criteria are the bases for deciding this priority? How? As Scott explained, “any solution to the problem of allocating water between unmarketed (environmental) uses and priced industrial uses requires that each use of water in each place be valued by a decision-maker in some common unit. This is true for decision-makers in government, markets or within individual water-using units. Otherwise the currently favoured uses will eventually capture all the water.”⁴⁵

Thus, any reallocation of water resources by large-scale water transfer projects involves institutional and political arrangements and lawful agreements to be implemented.⁴⁶ For instance, the Gisborne Project’s Environmental Impact Study (EIS) “was prepared in order to meet the requirements of both provincial and federal environmental assessment

⁽⁴³⁾ David Percy noted that “in areas where there is considerable pressure on water supply, ...normally, uses of water for domestic, farm and fire-protection purposes are considered most important, followed by municipal uses and then uses for industrial, commercial, and irrigation purposes. The evaluation can also include ecological and recreational factors,” *The Framework of Water Rights Legislation in Canada*, *supra* note 2, at 78. More than the dispute for water, there are water uses and water rights conflicts; for such examples see Alastair R. Lucas, *Security of Title in Canadian Water Rights* (Calgary: The Canadian Institute of Resource Law, 1990), see the Chapter 4: Alberta Case Studies.

⁽⁴⁴⁾ Some water laws establish a list of priorities regarding water uses: Percy, *The Framework of Water Rights Legislation in Canada*, *supra* note 2.

⁽⁴⁵⁾ Anthony Scott, “International Water Marketing: Nations, Agencies or Individuals”, *Water Export: Should Canada’s Water Be For Sale?*, *supra* note 17, at 143. Regarding decision-makers in free-market environmental system, perhaps the market can solve water uses problems however it cannot solve water rights conflicts by itself.

⁽⁴⁶⁾ As Charles W. Howe and K. William Easter, *supra* note 26, at 5.

processes.”⁴⁷ In Brazil, an example of the need for such institutional and political arrangements, as required for the Sao Francisco River Transposition plan⁴⁸, could involve similar arrangements, as well as technical complexities.

⁽⁴⁷⁾ EIS, *supra* note 40, at 35, see also see Table 2.3. Permits and approval likely required for the Project, at 36. The Project may require several federal permits if any of the waters affected are considered navigable (i.e., Section 5 (1) of the *Navigable Waters Protection Act*) or if the Project is deemed to result in harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat (i.e., Section 35 (2) of *Fisheries Act*). In addition to provincial and federal environmental assessment approvals, the Project may also have to obtain at least twenty-four municipal, provincial and federal permits. Among these required permits, there are for instance: Certificate of Approval for Dams and Appurtenant Structures; Certificate of Approval for Bridges; Authorization for Works or Undertakings Affecting Fish Habitat; Highway Access Permit; Certificate of Approval for any Industrial or Processing Works; and so on.

⁽⁴⁸⁾ This project was proposed in the following years: in 1852 by Dom Pedro II Emperor, in 1913 by the Federal Department for Infrastructure against Droughts, in 1919 again by the Federal Department for Infrastructure against Droughts that recognised the technical unavailability of the project, in 1972 by the Parliamentarian Wilson Roriz, in 1981 by Minister Mario Andreazza, in 1994 by the Minister Aluzio Alves, and in 2000 as a new project by the National Integration Ministry, which is currently discussed at Federal Parliament. This history was presented for the Sao Francisco River Transposition Work Group of the Federal Parliament by Romulo Macedo, who is the current Water Resources Secretary of the National Integration Ministry, in a public hearing on 09 February, 2000 in Brasilia. Fernando Bezzara, who is the Minister of National Integration, also participated in this public hearing, giving a general explanation and comment. This public hearing document is available in Portuguese on the Brazilian Federal Legislative Power website, “Transposicao do Rio Sao Francisco”, <http://www.camara.gov.br/intranet/comissao/index/grp/ctrami_gt>. However, Joao Alves Filho pointed out that the first discussion about the Sao Francisco River Transposition plan was in 1847, through Antonio Marcos Macedo’s preliminary studies, Crato-Ceara Superintendent, and he also noted that in 1998 a new study was presented by Beni Veras Minister, in *Transposicao das Aguas do Sao Francisco: Agressao a Natureza X Solucao Ecologica* (Maceio: Edicoes Catavento, 2000). This author also presented a history of this project but noted that most proposals were not implemented because “none of them presented consistent projects, they got only preliminary studies,” *ibid.* at 48, (translation by Sandra Cilce De Aquino), see also explanation form 45-49, *ibid.* In this book, Joao Alves Filho presented a project proposal different from the National Integration Minister’s project for the Sao Francisco River Transposition as a matter of the federal legislative power. Regarding this current project, it is an official “plan” for a Sao Francisco River Transposition by the National Integration Ministry. However it is an “incompleted plan” with unfinished studies. Actually, this Ministry has not divulged details of the project’s proposed engineering design or its environmental impact. However this plan has been “debated” by federal parliamentarians as a “undefined intentions”. The Water Resources Secretary of the National Integration Minister, Romulo Macedo, commented on these intentions, arguing that this project is not a “real” water transfer but as ordinary as other “water canalization” (projeto de “aducacao de agua”), *ibid.* at 9. He said that water transference gives the wrong idea of large-scale interbasin water removal, because it makes one think about an immense amount of water removal, *ibid.*, at 9. He uses the word “adutora,” which means channel, aqueduct, canalization to conduct waters from a water origin to a reservoir [“adutora” - canal, galeria ou encanamento destinado a conduzir as aguas de um manacial para o reservatorio, in *Novo Dicionario Aurelio de Lingua Portuguesa*, 2ª Nova Edicao R Revista e Ampliada (Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986) at 51]. He also stressed that the project is simple from the engineering view point, and it plans to take only 2,5 % of flow river basin (2,5% de vazao), *ibid.*, at 10. Based on Fernando Bezzara’s interviews,

This plan aims “to complement the hydrological regimes”⁴⁹ of the Brazilian Semi-Arid Northeast, which is known for lack of water resources, in the following states: Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, and Ceará. On the other hand, water is planned to come from the São Francisco riparian states: Minas Gerais, Bahia, Sergipe, and Alagoas. Can the federal government “properly” implement such a project? Questions remain, such as: “What type of agency could carry out the planning and management of a large interbasin project in a way that would be economically efficient from the nation’s viewpoint and agreeable to the many states physically affected?”⁵⁰ How would such projects be financed?”⁵¹

who is the Minister of National Integration, and on “confidential information” given by the technical staff related to this official federal plan, João Alves Filho has criticised this ministry project and presented another plan, *ibid.* at 54. This unofficial plan is explained in Alves’ book. This plan has two goals: 1- to revitalize São Francisco River (“revitalizar plenamente o rio São Francisco”); and 2- to grant a plentiful water supply to Setentrional Northeast of Brazil (garantir água abundante para o Nordeste Setentrional), *ibid.*, at 69-73. Moreover, it would be done through the reinforcement of flow in the central channel of the river (“reforço de vazão na calha central do rio”), in a 10 or 15 year engineering plan (realização plena entre 10 e 15 anos), *ibid.*, at 77. That is, to increase the power of river tributaries, involving São Francisco, Paraná and Tocantins river basins (“consiste no levantamento dos afluentes envolvendo as bacias dos rios São Francisco, Paraná e Tocantins”), *ibid.*, at 80. Moreover, it involves the following thirteen (13) given tributaries (“afluentes doares”), *ibid.*, at 81: 1- In São Francisco: Paracatu, Urucuia, Carinhanha, Correntes, Grande (Bahia), and Tequitai; 2- Rio Paraná: Grande (Minas Gerais), Paranaíba, and I. Marcos; and 3- Rio Tocantins: Peixe, Peixinho, Balsas, and Galhau, at 81. Inclusion of the last two river basins is one distinction from the federal government plan. He suggested that this plan foresees the possibility to build 18 hydroelectric plants at the medium and high point of the São Francisco River, besides 88 small and medium hydroelectric plants in the semi-arid region. This plan foresees a system of reservoirs connected by channels with a capacity to regulate more than 170m³ of water per second, adding up a granted “flow” of 1,000 m³ of water per second”, *ibid.*, at 81. These waters would be taken from the three river basins, São Francisco, Paraná and Tocantins watersheds. This includes two big channels, which catch water from the São Francisco River and send it to Pernambuco and to Paraíba. Twelve other channels are involved: Xingo, Dois Irmãos, Serra do Alagoano, Jacaré Verde, Bahia Norte, Bacias Cearenses, Arco Iris, Terra Nova, Metade do Sertão Pernambuco, Via Prata, Jati Acú, Piauí Caninde, *ibid.*, at 184-185. “Considering that this project life construction would be between 10 and 15 years, its average year cost would be the maximum US\$ 1, 20 billion/year or US\$ 791 million/year, respectively, for 10 or 15 years”, *ibid.*, at 188. (All translations are done by Sandra Cilce De Aquino). The author did this estimating in 2000, when the Brazilian currency was around \$ 0, 55 (fifty five cents), and he only counted the project infrastructures such as channels. However, the Brazilian currency has been unstable since the end of 1998.

⁽⁴⁹⁾ The explanation of the Secretary of Water Resource of the National Integration Ministry, Romulo Macedo, *ibid.*

⁽⁵⁰⁾ The project has been planned by the National Integration Ministry; however, such complex project requires the participation of other fields such as environmental agencies.

⁽⁵¹⁾ Paraphrasing Charles W. Howe and K. William Easter, *supra* note 26, at 5.

The legal problem is not only to define a closed concept of “large-scale” regarding quantity but also to consider any other measures that cause adverse ecological effects, such as in Manitoba’s BWR legislation. This consideration can become the basis for deciding whether or not to give permission regarding a water removal. Like any other water use, BWR involves conflicts of interests because of the diversity of “choices” and “needs” in water utilisation.⁵² As said a few decades ago: “Large-scale water development projects have been receiving increasing publicity and public attention in the past few years... have attracted widespread attention to the very uneven distribution of the water resource, both geographically and through time. One type of prescription for alleviating these conditions has been the large-scale transfer of water from one river basin to another, from one region of the country to another.... The public advocacy of these transfers by various groups and the rebuttal provided by others have frequently clouded basic questions that need to be asked and answered if water transfers are to receive the unbiased and informed evaluation required for wise policy formulation.”⁵³

The necessity for clarity in the frequent questions raised about water transfers ultimately comes from the governmental aim to control, monitor, and assess water allocation properly. However, a concrete control depends on the enforcement of laws and efficient licensing depends on a wise allocation system. An inappropriate water usage and water allocation can contribute for more scarce water resources.⁵⁴ Therefore, both the Canadian

⁽⁵²⁾ In Canada, regarding the interbasin debate, David R. Percy noted that “the possibility of inter-basin transfers is in the air again on the Canadian prairies. The diversion of water from the abundant supplies of the northern portion of the region to the parched south is raised from time to time, especially in Alberta. In the seventies, Manitoba carried out, for the purpose of generating hydro-electricity, the major Churchill River Diversion, which has been the focus of much attention at this Symposium. In the recent past, the Garrison Project created the possibility of an inter-basin transfer with major international implications;” *supra* note 2, at 452. About Canada’s water export discussion, Frank Quinn noted it “is almost 3 decades old and shows no sign of ending”, *supra* note 24, at 111. Yet, regarding Canada’s water export, Anthony Scott stressed that “the ‘debate’ is quite static and devoid of research”, in “International Water Marketing: Nations, Agencies or Individuals”, *Water Export: Should Canada’s Water Be For Sale?* *supra* note 17, at 141. In Brazil, for instance, there is a water transposition project, the Sao Francisco River Transposition *supra* note 36, has been for almost 150 years since 1852 but it has never been implemented.

⁽⁵³⁾ Charles W. Howe and K. William Easter, *supra* note 26, at 1.

⁽⁵⁴⁾ For example, the estimates for people without potable water in: Ethiopia is 83%, Afghanistan 79%, Morocco 41%, Paraguay 67%, Haiti 60% and Poland 11%, Vladimir Passos De Freitas, “Poluicao de Aguas”, in *Direito Ambiental em Evolucao* (Curitiba: Jurua Editora, 1998), at 362; translation by Sandra Cilce De Aquino.

and Brazilian water systems have to be questioned about their water allocation efficiency regarding water conservation, scarcity and needs for transfers. Water is essential to all forms of life. It is one of the most important natural resources that deserves legal protection and effective treatment. Water has become “subjected to a range of legislative controls”⁵⁵ but it continues to face obstacles and restrictions, both in the public and private spheres. Environmental protection from abusive exploitation of natural resources, to conserve nature for future generations, is basically done by governments, but other non-governmental organisations also practise it. Public administration is a governmental activity practised by legislative, jurisdictional, and executive powers. This is true for every action, and inaction, related to the framing, forming and implementing of governmental policies. In this paper, public administration focuses on the practice of executive power and on its formal institutional arrangements, in order to co-ordinate and impose decisions and choices aimed to realise specific-goals for water allocation.⁵⁶

Water allocation, including the administration of water scarcity and of bulk water removal issues, is one such managerial and policing activity.⁵⁷ The major legal instrument that governs water use and rights is the permit system.⁵⁸ A water permission system is required because water is under a

⁽⁵⁵⁾ Neil Finkelstein & Rachel Urman, “*Constitutional Jurisdiction in Relation to Water Law*”, (National Symposium on Water Law, Environmental Law CLE Program, Toronto, April 1999) [unpublished].

⁽⁵⁶⁾ “Different water resources allocation mechanisms fit into different types of overall water resources management systems. Water trading, for example, does not preclude integrated water resources management, but is to a certain extent dependent on such,” Kemper, *supra* note 3, at 24. As she noted it is possible to isolate allocation issues and make them the principal focus of the research, *ibid*.

⁽⁵⁷⁾ There is a distinction between administrative power and jurisdiction. The first is an executive activity that administers and fulfils policies. The second, administrative jurisdiction, is a capacity to make policy and decisions that for Canadian and Brazilian’s water resources is defined in their Constitutions.

⁽⁵⁸⁾ Cruz has pointed out that “water rights are governed by three major legal instruments: the water permit; formal agreements arrived at after court proceedings and/or amicable settlement; and informal agreements among competing users based on social-cultural or political factors,” *supra* note, at 42.

scarcity risk.⁵⁹ Increasing irrigation, urban and industrial developments often demand water. However an inappropriate water usage and water allocation can contribute to more scarce water resources.⁶⁰ Thus, Manitoba, Ceara and any other water allocation systems in dry areas have to be analysed regarding their efficiency, and how their institutional arrangements are organized and operated? Do they have a well define water rights? Are they personalised, non-transferable, absolute quantificational? Do they grant rights and access for new users? Are their water rights flexible enough to be transferable for conservational purposes and proportional to actual stream flow ? Are their models administrative, technical or participatory? Does their model have the public interest in mind? Are their institutional structures and policies reasonable enough to provide enforcement and control over water rules? Do their structures sustain their costs? Do they have mechanisms for pricing water uses, for solving water conflicts, for conserving water resources? How do they evaluate, plan, and monitor their scarcity problems?

Actually, a region is often considered deficient in water resources without either re-allocating its resources or adopting conservation policies. Garry Fritz's considerations regarding water exportation include: 1) the availability of alternative sources of water in the importer's region; 2) the current supply of the host region's water; and, 3) the future demands of water users in the host region.⁶¹ Therefore, it is necessary not only to establish how serious the "water crisis" is in the importer's region but also to verify the export region's conditions and the implications for its water exports. Water

⁽⁵⁹⁾ "Water is a natural resource that can be renewable or depletable, depending on the source and on use. Water supplies comes from *surface waters* and *groundwater*. Surface water includes lakes, streams, and oceans. Groundwater has been accumulated over hundreds of thousands of years in underground aquifers that lie between layers of rock. Groundwater is primarily a depletable resource stock, although a small proportion (less than 5 percent) can be withdrawn each year and renewed by of rainwater or snow melting in the aquifer", John M. Hartwick and Nancy D. Olewiler, *The Economics of Natural Resources Use*, Second Edition (USA: Addison-Wesley, 1998), at 175. Besides water can be non-renewable resources, non all waters are potable or even accessible; "these are water in liquid form is 97,72 % (97% salt and 0,72% freshwater), solid is 2, 25% (such as iceberg) and vapor is 0,03% of Biosphery"; Jose Afonso da Silva, *Direito Constitucional*, 2ª edicao revista (Sao Paulo: Malheiros Editores, 1994), Vladimir Passos de Freitas, *Direito Administrativo e Meio Ambiente* (Curitiba: Jurua Editora, 1995), at 84.

⁽⁶⁰⁾ For example, the estimates for people without potable water in: Ethiopia is 83%, Afghanistan 79%, Morocco 41%, Paraguay 67%, Haiti 60% and Poland 11%, Vladimir Passos De Freitas, "Poluicao de Aguas", in *Direito Ambiental em Evolucao* (Curitiba: Jurua Editora, 1998), at 362; translation by Sandra Cilce De Aquino.

⁽⁶¹⁾ Gary Fritz, *supra* note 25, at 60.

transfer projects cannot be allowed based simply on projections of water demand which are, in turn, based on assumptions 'that adequate water supplies will be made available under the present general pricing policies, that there will be relatively little change in presently known technical methods of water use, and that, with the exception of increased application of techniques for improving the efficiency of irrigation, present inefficient methods of using water will continue.'⁶²

This paper argues that the major current problem is inappropriate water allocation management; and that either a simple BWR moratorium or a non-assessed and non-monitored BWR is an unsustainable solution to water scarcity issues. The allocation aspects have been neglected in water resource management because water quality and flood control have been its primary focus. Such issues exist even in drought regions but water scarcity constitutes an additional problem, which requires discrete management approaches.⁶³ In conclusion, such assumptions should be questioned and both the country and the involved regions must answer: 1) about their water allocation systems: how does the process through which water resources are allocated ensure the best use of water in an efficient and effective manner? (2) how does the process of water allocation guarantee equitable distribution among users of the water source?⁶⁴, and 3) about the BWR itself: does the importing region need more water? What does it need it for? How is it using existing supplies? (4) Can sufficient water be secured through conservation and re-use, to satisfy its needs? (5) To what extent and under what criteria should the national and regional governments assist local water conservation measures? (6) What are the prospects for improving water supplies within the importing region, through weather modification, control of evaporation losses, groundwater development, vegetation management and modification, or other means? (7) Are present irrigation practices wasteful? Is it economically, socially, culturally and ecologically sustainable to transport water for hundreds of miles? (8) How will the exporting region be affected if such amounts of water are taken away? (9) What are the benefits and costs?⁶⁵

⁽⁶²⁾ Charles W. Howe and K. William Easter, *supra* note 26, at 10.

⁽⁶³⁾ Paraphrased Kemper, *supra* note 3, at 23.

⁽⁶⁴⁾ Paraphrasing Cruz, *supra* note 42, at 38. She elaborated these questions, checking the implementation of the Philippine Water Code.

⁽⁶⁵⁾ Paraphrased, *ibid.*, at 16.

Any kind of BWR has economic, hydrological, environmental and social impacts. Furthermore, some consider BWR to be a “water export [that] makes no sense economically, environmentally or socially.”⁶⁶ However, we need to research more⁶⁷ about BWR’s “acceptable” impacts where there is a lack of alternatives for water scarcity in some regions, and to believe that water policy has to be seen not in only political or economical but also socio-ecological aspects, which are not separated from each other, or from their human and natural aspects.

It is time to be good students of water interbasin project effects, because as J.C. Day and Frank Quinn noted: “We have had the opportunity to review the effects, good and bad, of several major Canadian interbasin diversion projects over the past decade. Even though Canadian move more water by volume across basin divides than any other people on earth, it is apparent that we are not yet able to anticipate the full range of consequences of our actions. This is because we have become *more proficient as project builders than as students of their effects and consequences*. Our engineering technology for controlling and redistributing the flow of mighty rivers has been good enough to apply around the world, but almost everything else has been relegated to an afterthought status: market forecasting, community relations, interagency and intergovernmental coordination, and environmental monitoring and assessment.”⁶⁸

⁽⁶⁶⁾ Richard Bocking, *supra* note 17, at 286.

⁽⁶⁷⁾ But not use “scientific uncertainty” as an excuse to avoid solving BWR issues.

⁽⁶⁸⁾ J.C. Day and Frank Quinn, *supra* note 37, at 52 [emphasis added].

DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo GAMA*

1- INTRODUÇÃO

Devido ao avanço legislativo, contamos atualmente com a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos e, para KAZUO WATANABE, “essa modalidade de ação coletiva, constitui, uma novidade no sistema jurídico brasileiro, e representa a incorporação ao nosso ordenamento de uma ação bastante assemelhada às *class action* do sistema norte-americano. Assemelhada, mas não em todo idêntica, pois houve necessidade de adaptação às nossas peculiaridades geográficas, sociais, políticas e culturais”.

O Código de Defesa do Consumidor tutela os interesses individuais homogêneos dispondo que estes poderão ser conduzidos coletivamente devido a sua origem comum.

O art. 81 do Código de Defesa do consumidor (Lei 8.078, de 11.09.90) dispõe: o seguinte: “A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

2 - CONCEITO

Os interesses individuais homogêneos constituem-se subespécie dos interesses coletivos, e a circunstância de se apresentarem homogeneizados

(*) Professora da Faculdade de Direito de Pinhal - Espírito Santo do Pinhal/SP
Mestranda pela PUC de Campinas/SP - Advogada

pela origem comum permite o seu trato processual de modo coletivo. Trata-se, pois, de interesses que são metaindividuais apenas na forma como se apresentam e no *modus procedendi* de seu exercício em juízo (CDC, art. 81, III).

A concepção finalística dos interesses individuais homogêneos destina-se à proteção de um grupo ou segmento da sociedade.

O traço característico de ser interesse de grupo determinado ou determinável no interesse individual homogêneo é ainda mais presente do que no interesse coletivo *stricto sensu*, pois, como todo grupo, caracteriza-se por ser reunião de pessoas ligadas para fim comum.

O interesse individual homogêneo é o interesse decorrente de origem comum, fator que lhe defere situação jurídica diferenciada dos demais interesses metaindividuais.

A execução da ação coletiva envolvendo interesses individuais homogêneos se faz por um sistema de habilitação dos interessados, sistema que, como observa Ada Pellegrini Grinover, guarda “similitude” com aquele que ocorre por intermédio das reclamações individuais de cumprimento, após a sentença coletiva trabalhista (muito embora pela legislação do trabalho se trate de ações de conhecimento, porquanto a sentença coletiva é de natureza constitutiva e não condenatória: art. 872 da CLT).

3 - ORIGEM COMUM

O que caracteriza um direito individual homogêneo é a sua origem comum.

Os direitos individuais homogêneos possuem um vínculo jurídico básico comum a todos os participantes do grupo formado em torno de interesse individual homogêneo, pois este é o interesse decorrente de *origem comum*, fator que lhe defere situação jurídica diferenciada dos demais interesses metaindividuais.

O Prof. WATANABE, um dos autores do Projeto depois transformado no Código de Defesa do consumidor, escreve, referindo-se aos chamados “direitos individuais homogêneos”: ‘origem comum’ não significa necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de

um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores, num largo espaço de tempo e em várias regiões, têm como causa de seus danos fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles”.

Diferencia claramente o renomado jurista OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA o significado de *origem comum* para os direitos transindividuais e *origem comum* para os direitos individuais homogêneos, da seguinte maneira; “enquanto os verdadeiros direitos transindividuais ou coletivos, a “origem comum” é o ato ou o fato danoso – uma vez que originariamente nada os vincula -, para os “individuais homogêneos” é possível identificar a comunidade que os une especificamente no ato de sua formação, ou de sua origem, como direito subjetivo individual. Eles são identificáveis como homogêneos, não pela exposição de um dano comum, como ocorre com os “transindividuais”, e sim por sua gênese comum.

4 - DIFERENÇA ENTRE OS DIREITOS “TRANSINDIVIDUAIS” E OS “INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS”

Os interesses coletivos em sentido lato se subdividem em interesses transindividuais indivisíveis e interesses individuais homogêneos, os primeiros também chamados de interesses coletivos em sentido estrito pelo CDC.

A importância de diferenciar os interesses transindividuais, dos interesses individuais homogêneos reside no fato de empregar adequadamente seus instrumentos processuais de defesa em juízo.

Os titulares dos direitos transindividuais são indeterminados, já os titulares dos direitos individuais homogêneos podem ser perfeitamente identificados um a um; os direitos dos interesses transindividuais são indivisíveis e dos interesses individuais homogêneos são divisíveis, podendo ser satisfeitos de forma individual.

Continuando com as diferenças, os direitos transindividuais não podem ser apropriados por seus titulares individualmente, já os direitos individuais homogêneos correspondem ao patrimônio individual de cada titular.

A defesa dos direitos transindividuais é feita na forma de substituição processual e a defesa dos direitos individuais homogêneos geralmente é através de seu próprio titular.

Ives Gandra faz referência à notável distinção dos interesses coletivos, em sentido estrito, em face dos individuais homogêneos, na seara trabalhista, a saber: “o fato de, nos primeiros, a prática lesiva se estender no tempo, isto é, constituir procedimento genérico e continuativo da empresa, enquanto, nos segundos, sua origem ser fixa no tempo, consistente em ato genérico, mas isolado, atingindo apenas alguns ou todos os que compunham a categoria no momento dado. Assim, como por exemplo de interesse coletivo lesado, teríamos o do descuido continuado do meio ambiente do trabalho, que afeta potencialmente a todos os empregados da empresa; quanto a interesses individuais homogêneos, teríamos o exemplo da demissão coletiva num dado momento, atingindo um grupo concreto e identificável de empregados”.

5 - INSTRUMENTOS DE DEFESA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Como comentamos antes, os interesses individuais homogêneos se apresentam homogeneizados pela origem comum e é justamente esta característica que permite o seu trato processual de modo coletivo.

Os interesses individuais homogêneos podem ser acionados em juízo pelos seus próprios titulares e de forma excepcional por substituição processual seguindo o disposto no art. 5º, XXI, da CF “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Outra alternativa para legitimar os direitos individuais homogêneos é o litisconsórcio ativo facultativo, tal como prevê o art. 46, IV, do CPC “duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito”.

Finalmente, o legislador brasileiro introduziu em nosso sistema, dois mecanismos de defesa coletiva de direitos individuais, são estes: o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação Civil Coletiva.

No âmbito da justiça especializada, Rodolfo de Camargo Mancuso é da opinião de que “os interesses individuais homogêneos podem ser objeto de ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, quando a matéria sobre a qual incidem ou em torno da qual gravitam se enquadrem direta ou

reflexamente, na competência constitucionalmente reservada a essa justiça especializada (CF, art. 114), e, nesse sentido, é o teor da Súmula de entendimento 15, assentada pelo Conselho Superior do MP de São Paulo: “O meio ambiente do trabalho também pode envolver a defesa de interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, estando o Ministério Público, em tese, legitimado à sua defesa”. Essa Súmula na opinião de Mancuso deve ser compreendida à luz das precisões contidas na de n. 7, também do *Parquet* paulista, onde se reafirma tal legitimação para os interesses individuais homogêneos, quando “tenham expressão para a coletividade como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou o acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”.

Faz-se necessário o emprego correto dos instrumentos de defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos para desenvolver um processo realmente dotado de efetividade, reduzindo em parte o número de demandas individuais propostas perante o Judiciário.

6 - CONCLUSÃO

Os direitos individuais homogêneos apresentam-se homogeneizados pela origem comum, fator que lhes defere situação jurídica diferenciada.

O objetivo do presente estudo é captar aos poucos novas realidades jurídicas que giram em torno dos interesses individuais homogêneos, como por exemplo os instrumentos adequados de defesa, as suas diferenças com os demais interesses transindividuais, e finalmente estabelecer os contornos abstratos do seu conceito.

Concluímos, por último, que interesses individuais homogêneos visam bens divisíveis cujos titulares podem ser tranqüilamente identificados.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. Execução na ação civil pública. *Revista Jurídica*. Síntese, n. 222, abr. 1996.

BANDEIRA, Evandro Ferreira de Viana. Ação Civil Pública - Proposição pelo MP - Dano Ecológico - Ônus da Sucumbência. Revista Jurídica. Síntese, n. 218, dez. 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. São Paulo, Malheiros Ed., 1997.

COSTA, Diana Isis Penna da. Ação civil pública trabalhista. Síntese Trabalhista. Síntese, n. 69, mar. 1995.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual - Doutrina e Jurisprudência do STF. Revista Jurídica. Síntese, n. 260, jun. 1999.

GAMA, Lidia Elizabeth P. Jaramillo. Ação Civil Pública: Interesses Tutelados. Trabalho & Doutrina. Saraiva., n. 24, mar. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos. Revista de Processo. Revista dos Tribunais, n. 97, jan-mar. 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e Tombamenti. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1987.

MANCUSO, Rosolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1992.

_____. - *Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos*. Revista de Processo. Revista dos Tribunais, n. 93, mar. 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo, Saraiva. 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública. *Justitia* 45 (120)/79-88. São Paulo, jan./mar.1983.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999.

ROCHA, Ibraim. *Ação civil pública e o processo do trabalho*. São Paulo, LTr, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista e GOMES, Luiz Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista. “Direitos Individuais Homogêneos” e Relações Jurídicas Comunitárias. Revista Jurídica. Síntese, n.276, out.2000.

WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense. Revista de Processo. RT, n. 67, jul-set. 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. Revista de Processo. RT, n. 78, abr-jun. 1995.

çãõ: Beccari Propaganda e Marketing

Rua Pedro Álvares Cabral, 183 - Campinas - S.P. - Fone Fax (19) 3255-6311
beccaripropag@uol.com.br

mpresso por: GRÁFICA E EDITORA TECLA TIPO LTDA

Fone: (19) 3216-5566 - E-mail: gtt@teclatipo.com.br

 **TECLA TIPO**
GRÁFICA E EDITORA

