

ISSN 1806-0420

REVISTA
OPINIÃO
JURÍDICA



Ano IV - n. 7
2006.1

Revista Opinião Jurídica



Ficha Catalográfica

Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus
- n. 07, ano 04, 2006.1

© Faculdade Christus, 2006

Opinião Jurídica
- [n. 7] –
Fortaleza: – Faculdade Christus.
[2006]-
v.
I. Direito

CDD : 340

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

FACULDADE CHRISTUS

REVISTA
OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2006

Opinião Jurídica
Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus
n.07, ano 04, 2006.1

Diretor

Roberto de Carvalho Rocha

Vice-Diretor

José Carlos Gomes de Freitas Teixeira

Coordenador-Geral do Curso de Direito

Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima

Coordenadora de Pesquisa do Curso de Direito

Prof. M. Sc. Fayga Silveira Bedê

Comissão Editorial

Prof. Roberto de Carvalho Rocha

Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima

Prof. M. Sc. Fayga Silveira Bedê

Prof. M. Sc. Nestor Eduardo Araruna Santiago

Prof. M. Sc. Valeschka e Silva Braga

Prof. M. Sc. Ivo César Barreto de Carvalho

Prof. Dr. Etienne Picard (Paris I - Sorbonne)

Prof. Dr. Francisco Meton Marques de Lima (UFPI)

Prof. Dr. João Maurício Adeodato (UFPE)

Prof. Dr. Friedrich Müller (Universidade de Heidelberg - Alemanha)

Prof. Dr. Paulo Bonavides (UFC)

Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho (UFC/UECE)

Bibliotecária

Tusnelda Maria Barbosa

Editoração

Angela Barros

Correspondência

Faculdade Christus

Coordenação-Geral do Curso de Direito

Avenida Dom Luiz, 911 – 5º andar

Aldeota – CEP 60.160-230

Fortaleza – Ceará

Telefone: (0**85) 3461.2020

e-mail: fc@christus.br

Impressão

Gráfica e Editora LCR Ltda.

Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres - CEP 60.135-460

Fortaleza – Ceará

Telefone: (0**85) 3272.7844 - Fax: (0**85) 3272.6069

e-mail: graficalcr@px.com.br

Capa

Ivina Lima Verde

Tiragem mínima

800 exemplares

APRESENTAÇÃO

Prezado(a) leitor(a):

A Faculdade Christus oferece ao público leitor mais um número da Revista Opinião Jurídica, que traz como novidades, para nossa satisfação, dois novos integrantes da Comissão Editorial: os Profs. Paulo Bonavides e Willis Santiago Guerra Filho, ambos vinculados ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará e portadores dos mais altos elogios científicos, pela larga produção intelectual e elevado respeito acadêmico que tão merecidamente logram. É uma grande satisfação para esta Instituição de Ensino e para esta Revista poder contar com estudiosos desta estirpe. Ficam, assim, nossas boas vindas aos mais novos integrantes da seleta Comissão Editorial.

Mantendo o seu tradicional perfil, o presente número mescla assuntos os mais variados. A perspectiva, porém, é altaneira e bastante atualizada com as novidades que enriquecem o mundo do Direito. Assim é que o Prof. Alexandre Aguiar Maia nos brinda com artigo sobre o uso da água, tema afinado com as preocupações deste milênio; a Profa. Andréa Coelho, Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Christus, faz uma interpretação epistemológica do papel de Hannah Arendt no ensino jurídico; o Prof. Fernando Ferraz enfoca a agonia do modelo estatal hodierno; e o Prof. César Barros Leal levanta a polêmica do papel preventivo e do controle social como instrumentos de política criminal. Estes são apenas alguns destaques dentre a produção científica que ora se veicula, passando pelo direito de morrer, o modelo de crime, o princípio da segurança jurídica, a penhora on-line e a aplicação do primado da proporcionalidade na interpretação dos direitos fundamentais.

A Revista Opinião Jurídica encontra-se registrada no Qualis, onde, já em 2005, obtinha o conceito de reconhecida expressão Nacional, pela sua seriedade, qualidade da comissão editorial e dos aspectos formais dos artigos e da apresentação da revista. Com circulação nacional já consolidada, a revista é encaminhada, também, a Bibliotecas de outros países, das quais se

destaca a Biblioteca da Universidade de Paris XI, força, mesmo, do convênio internacional que a Faculdade Christus mantém com referida instituição de ensino estrangeira.

É com o esforço, a dedicação e a competência da Profa. Fayga Bedê, no seu nono mês de gestação, e de sua equipe, que gestamos mais este número, em um maio tão pródigo de anjos, trazidos à luz pela Profa. Andréa Coelho, Fayga Bedê e Michele Ponte. Parabéns a todos os nascimentos e a todas as mães, pela esperança natural dos bebês e pela beleza pueril de tão sublime papel maternal. A todas as demais professoras e funcionárias grávidas, que sejam abençoadas e que seus rebentos sejam coroados com a luz divina.

Bem, a gente se encontra no nº 8.

FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA

Coordenador-Geral do Curso de Direito

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL

A cobrança pelo uso da água bruta: aspectos legais	11
<i>Charging for the use of raw water: legal issues</i>	
<i>La taxe sur l'utilisation de l'eau non traitée: aspects légaux</i>	
<i>Alexandre Aguiar Maia</i>	
Por que morrer?	28
<i>Why dying?</i>	
<i>Pourquoi mourrir?</i>	
<i>Ana Paula Martins Albuquerque</i>	
Hannah Arendt e o Ensino Jurídico no Brasil	42
<i>Hannah Arendt and juridical teaching in Brazil</i>	
<i>Hannah Arendt et l'enseignement juridique au Brésil</i>	
<i>Andréa Maria Alves Coelho</i>	
Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão ao parágrafo único do art. 146 da Constituição do Estado do Ceará	58
<i>Action of unconstitutionality for omission regarding the sole paragraph of article 146 from Ceará state Constitution</i>	
<i>L'action direct d'inconstitutionnalité par omission contre l'article 146 de la Constitution de l'Etat fédéré du Ceará</i>	
<i>Carlos Augusto Medeiros de Andrade</i>	
O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário	76
<i>Crime as an offense to property. Elements for legitimating secondary Criminal Law</i>	
<i>Le modèle de crime comme infraction au bien juridique. Éléments pour la légitimation du droit pénal secondaire</i>	
<i>Fabio Roberto D'Avila</i>	
A agonia de um modelo de Estado.....	96
<i>An agonizing model of state</i>	
<i>L'agonie d'un modèle d'État</i>	
<i>Fernando Basto Ferraz</i>	

Lei de cotas e participação da mulher na vida política brasileira.....	111
<i>Affirmative action and the participation of women in brazilian political life</i>	
<i>La loi sur les quotas et sur la participation des femmes dans la vie politique brésilienne</i>	
<i>Gerardo Clésio Maia Arruda</i>	
Trabalhos para disciplinas de cursos e programas integrantes da Educação Superior.....	124
<i>Academic tasks in subjects part of Higher Education courses and programs</i>	
<i>Travaux pour disciplines des cours et des programmes intégrants de Éducation Supérieure</i>	
<i>Horácio Wanderlei Rodrigues</i>	
A indisponibilidade de bens “on-line” na execução fiscal e o postulado da proporcionalidade.....	145
<i>Inalienability of online assets at tax execution and the principle of proportionality</i>	
<i>L'indisponibilité des biens “on-line” dans l'exécution fiscale et le postulat de la proportionnalité</i>	
<i>Hugo de Brito Machado Segundo</i>	
Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência.....	160
<i>Constitution, proportionality and fundamental rights: criminal law between the prohibition of excess and insufficiency</i>	
<i>Constitution, proportionnalité et droits fondamentaux: le droit pénal entre interdiction d'excès et d'insuffisance</i>	
<i>Ingo Wolfgang Sarlet</i>	
A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica no novo Código Civil brasileiro.....	210
<i>The disregarding of the corporate entity in the new Brazilian Civil Code</i>	
<i>La déconsidération de la personnalité de la personne juridique dans le nouveau Code civil brésilien</i>	
<i>Ivo César Barreto de Carvalho</i>	
Capacidade de testar e capacidade de adquirir por testamento	227
<i>Legal capacity for being testator and to acquire by testamentary disposition</i>	
<i>Capacité de faire un disposition testamentaire et capacité d'acquérir par testament</i>	
<i>Sílvio de Salvo Venosa</i>	

SEGUNDA PARTE – DOCTRINA ESTRANGEIRA

O lugar das Cortes Constitucionais na produção das normas: estudo da atividade normativa do Conselho Constitucional e do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht)	245
<i>The role of Constitutional Courts in rulemaking: an assessment of the activity of the Constitutional Council and of the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht)</i>	
<i>La place des cours constitutionnelles dans la production des normes: l'étude de l'activité normative du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgericht)</i>	269
<i>Arthur Dyevre</i>	
Alcances y perspectivas de la prevención y del control social como instrumentos de política criminal.....	290
<i>Perspectives of prevention and social control as criminal policy instruments</i>	
<i>Etendu et perspectives de la prévention et du contrôle social comme instrument de la politique criminelle</i>	
<i>César Barros Leal</i>	
O princípio de segurança jurídica consagrado pelo Conselho de Estado	313
<i>The principle of juridical security as defined by the State Council</i>	
<i>Le principe de sécurité juridique consacré par le Conseil d'Etat.....</i>	331
<i>Yann Aguila</i>	

TERCEIRA PARTE – LEGISLAÇÃO FEDERAL

Emendas Constitucionais	346
Ementário de Legislação Federal	350
Instruções para publicação	365

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e se encontram por ordem alfabética dos articulistas. É permitida a reprodução total ou parcial desta Revista, desde que citada a fonte.

A COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA BRUTA: ASPECTOS LEGAIS

*Alexandre Aguiar Maia**

1 Considerações iniciais. 2 A água como um bem de valor econômico. 3 Natureza jurídica. 4 Considerações finais.

RESUMO

O presente estudo trata da cobrança pelo uso da água bruta, como instrumento das Políticas Nacional e Estaduais de Recursos Hídricos, abordando os permissivos legais, seu enfoque econômico e a natureza jurídica desta contraprestação, muito criticada pelos usuários e entendida como mais um “imposto”.

PALAVRAS-CHAVE: Cobrança. Recursos Hídricos. Valor. Natureza Jurídica.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A cobrança pelo uso da água bruta é um dos instrumentos das Políticas Nacional (Lei n. 9.433/97) e Estadual (Lei n. 11.996/92) de Recursos Hídricos. Tais políticas objetivam:

(...) assegurar que a água seja controlada e utilizada em padrões de qualidade e na quantidade adequada, por seus usuários atuais e pelas gerações futuras. Por isso, quando se fala em cobrança pelo uso da água, não se deve vislumbrar apenas o imediatismo de se arrecadar recursos para reverter a degradação atual existente, e sim, primeiramente, a possibilidade de se instituir um comportamento adequado e termos de racionalização do uso desse recurso tão valioso.¹.

* Advogado, Consultor Jurídico da Secretaria dos Recursos Hídricos do Estado do Ceará, pós-graduado em Direito Empresarial pela PUC/SP e pela UECE, pós-graduado em Direito Ambiental pela UECE, Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela UFC, professor do Curso de Direito da Faculdade Christus, ex-professor da UFC em cursos de Pós-graduação de Recursos Hídricos, membro fundador e Secretário da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE e membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB/CE.

Sua importância foi ressaltada por Sales², ao acentuar que

A cobrança pelo uso da água é outro instrumento de controle também regulamentado na forma de lei. O seu concurso está baseado na idéia de que a água, na condição de bem escasso, assume um valor econômico. Na esteira desse pensamento dois outros conceitos são produzidos: o primeiro é que, uma vez paga, a água seria agora utilizada com alguma parcimônia, induzindo-se assim uma certa racionalidade de uso; o segundo diz respeito à necessidade de formação de fundos de apoio.

A simples análise da legislação não é suficiente para vislumbrar a abrangência deste instituto, haja vista que existem muitos posicionamentos contrários à sua instituição por parte dos usuários, seja ao alegar que a água é um bem público e por esta razão não deveria ser cobrada, seja porque muitos, no sertão mais isolado, a consideram como dádiva divina ou santa, sendo inaceitável pagar para consumi-la. Há ainda aqueles que não querem aumentar seus custos³ e outros, que como escreve Capra⁴ não acompanharam a evolução dos padrões econômicos, que ocorrem em ritmo acelerado. Esse autor destaca que

Os sistemas econômicos estão em contínua mudança e evolução, dependendo dos igualmente mutáveis sistemas ecológicos e sociais em que estão implantados. Para entendê-los, necessitamos de uma estrutura conceitual que seja também capaz de mudar e de se adaptar continuamente a novas situações. A maioria dos economistas contemporâneos lamentavelmente despreza tal estrutura, pois ainda estão fascinados pelo absoluto rigor do paradigma cartesiano e pela elegância dos modelos newtonianos; assim, estão cada vez mais distanciados das realidades econômicas atuais.

Desta forma, nos próximos tópicos discorrer-se-á mais aprofundadamente sobre o assunto.

2 A ÁGUA COMO UM BEM DE VALOR ECONÔMICO

É importante ressaltar, logo de início, que o instrumento da cobrança pelo uso das águas já estava contido genericamente na Lei nº 6.938/81, ao determinar que a Política Nacional do Meio Ambiente visará a impor ao usuário uma contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos⁵. Aconteceu foi que a cobrança da água jamais tinha sido operacionalizada, passando isto a ocorrer com o advento das leis de recursos hídricos.

Como exposto na Lei nº 11.996/92, em seu art. 2º, inciso I, alínea “c”, a “água, como recurso limitado que desempenha importante papel no processo de desenvolvimento econômico e social, impõe custos crescentes para sua obtenção, tornando-se um bem econômico de expressivo valor.”

Campos⁶ destaca o pioneirismo do Estado do Ceará na cobrança:

Na implementação da cobrança, nessa nova fase, o Ceará é o pioneiro: com as vantagens e as desvantagens do pioneirismo. Vantagem porque inicia um processo estruturado de formação de uma cultura de conservação que pode chegar mais rapidamente a um uso mais racional das águas; desvantagem por ter tarefa de mudar uma cultura milenar.

.....

No modelo de Gestão Estadual do Ceará, a cobrança de água bruta foi concebida como um instrumento de racionalização do uso da água, não como um negócio lucrativo.

Rolim⁷ leciona que o reconhecimento da água como bem econômico procede das situações de escassez deste recurso natural, fato esse que se apresenta com grande frequência em inúmeras regiões do globo terrestre. O tratamento dispensado ao tema da água bruta no Ceará sempre foi no sentido de considerar esse recurso natural como um elemento raro, pois a água, em virtude da sua inconstante renovação pelas chuvas, é considerada como um recurso natural escasso. Mais que isso, a água tende a se tornar a cada dia um recurso natural cada vez mais precioso, a menos que sejam realizados progressos notáveis no campo da pesquisa e da sua aplicação econômica, aos processos de reciclagem e tratamento das águas residuárias, atualmente consideradas impróprias para o abastecimento humano e animal, em grande escala, e à irrigação de culturas. E continua o autor:

A problemática se agrava na medida que se constata demandas por água cada vez maiores, com limitado suprimento. Não raro são os casos de racionamento de água devido principalmente ao crescimento desordenado de certas regiões e à essencialidade da água em termos de serviços e necessidades sociais. Nesse sentido, começa a haver uma preocupação crescente com o futuro dos recursos hídricos, uma vez que a água, pelo menos a de boa qualidade, vem se tornando a cada dia um bem cada vez mais escasso. Felizmente já existe um consenso entre os economistas e a sociedade de um modo geral no sentido de considerar a água como um bem econômico.

A verdade é que mudanças importantes no comportamento do povo cearense precisavam e ainda precisam ser produzidas. Que forças seriam capazes de provocar um conjunto organizado de ações de transformação que induzisse o usuário a uma utilização mais racional da água? A resposta a esta indagação não pode, evidentemente, ser apresentada em poucas linhas. Mas é possível relacionar-se um certo número de medidas que, em conjunto, poderiam ser capazes de impulsionar o usuário em direção à economia no uso dos recursos hídricos. Não se deve descartar nenhuma delas, por menor que pareça ser o seu efeito sobre a atitude do usuário. É possível mesmo que determinada medida, uma vez considerada pouco eficaz, seja fator de sinergia quando em articulação com outras. Sabe-se que o comportamento social não funciona necessariamente com a exatidão com que se operam as equações algébricas. Uma medida no campo das políticas públicas, por exemplo, que afete o comportamento do cidadão, quando acertadamente tomada, é capaz também de multiplicar os resultados esperados.

Seguramente um conjunto de normas, de regulamentos, mesmo leis, decretos e portarias, são úteis para indicar o que vem a ser social e economicamente correto. Por certo, também, a pregação filosófica, o proselitismo apelando para o senso de civismo do cidadão e as campanhas educativas ou de cidadania são capazes de chamar a atenção do usuário da água para a sua responsabilidade social. Mas ocorre que todos esses instrumentos têm sido utilizados e, tradicionalmente, não se têm mostrado tão eficazes quanto esperado sobre o comportamento do usuário. É justamente neste ponto que entram os instrumentos econômicos, dentre os quais destaca-se a inserção da cobrança pelo uso da água. Esse instrumento resulta da submissão do problema da escassez desse recurso natural às leis da oferta e demanda, as quais impõem um nível de preço a ser cobrado, que é o preço da gestão pelo uso da água.

Em realidade, a implementação da cobrança pelo uso da água não chega a ser algo novo na vida do homem, pois, ao longo da sua história, sempre que este se defrontou com a escassez de algum bem, ele submeteu esse bem às forças e às leis da oferta e da demanda, as quais traduzem-se em um nível de preço, regulando as transações desse bem entre os seus vários usuários. Cobrar pelo uso da água bruta é, pois, apenas uma extensão do conceito de valor econômico já reconhecido e amplamente aceito em relação a outros bens, como os recursos minerais, o alimento, o solo, entre outros. Todos esses bens são insumos básicos para as atividades humanas e estão sujeitos ao fenômeno da escassez. Foram as prioridades do homem diante de recursos escassos que fizeram com que se buscasse estabelecer e desenvolver critérios de repartição, que compatibilizassem as disponibilidades com as demandas.

Lidar com o escasso é, pois, da essência da experiência humana que, fez com que com o tempo, estabelecesse as bases e desenvolvesse as ciências econômicas, que presidem o ato de tomada de decisão, com normas, leis e princípios próprios. O destaque dado ao tema da cobrança parece situá-lo na centralidade do enunciado do princípio segundo o qual *a água é um bem econômico*. (grifo nosso).

A água é, como visto, um recurso natural limitado. Neste sentido, passou a ser mensurada dentro dos valores da Economia⁸, como há pouco mencionado por Rolim. Isso não quer dizer, contudo, que alguém possa, mediante pagamento de um preço, usar a água ao seu bel-prazer.

A valorização econômica da água deve levar em conta o preço da conservação, da recuperação e da melhor distribuição desse bem, além dos custos de monitoramento da quantidade e da qualidade da água que está posta à disposição dos usuários e os recursos que deverão ser destinados às demais ações de gerenciamento (ex. mobilização social, capacitação de usuários e da sociedade civil e apoio à criação e manutenção dos comitês de bacias hidrográficas).

Na lição de Pompeu⁹,

Na fixação dos valores a serem cobrados, devem ser observados, dentre outros: a) nas derivações, captações e extrações: o volume retirado e seu regime de variação; b) nos lançamentos de esgotos e demais resíduos, líquidos ou gasosos: o volume lançado e seu regime de variação e as características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do efluente.

Segundo o mesmo autor, os recursos arrecadados com a cobrança “devem ser aplicados, prioritariamente, na bacia hidrográfica em que forem gerados, para serem aplicados no financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos dos Recursos Hídricos.”¹⁰

Granziera *apud* Setti¹¹ salienta que a aplicação do instrumento

(...) aumenta o leque de possibilidades do Governo para salvar guardas mananciais a custo tolerável para as populações carentes não atendidas. A adesão a esse princípio deve, entretanto, ser acompanhada por um compromisso público transparente de uma locação equitativa dos mananciais disponíveis.

O ponto que é mais arguido pelos usuários é o valor atribuído à água. Este *quantum* deve albergar todos os custos já mencionados, mas também deve se

basear na capacidade de pagamento dos usuários. Um estudo que demonstre a capacidade de pagamento dos diversos usuários e usos demonstrará a necessidade de subsídios cruzados para garantir um tratamento diferenciado viabilizador da instituição da cobrança, como se vê na água tratada e na energia elétrica.

Como conciliar, porém, a teoria à prática, no que tange ao preço a ser cobrado pelo uso da água bruta, notadamente num estado seco como o Ceará, onde os custos para obtenção e reservação da água são elevados? Novamente se conta com os ensinamentos de Rolim¹²:

Reconhecendo, então, que a água de mananciais superficiais e subterrâneos seja um recurso natural escasso (ou bem econômico) que deve ser preservado contra a exaustão e a degradação da sua qualidade, o Estado pode e deve cobrar pela utilização das águas de seu domínio, o qual é, por força de lei, o detentor da sua posse. Além disso, a cobrança pelo uso da água está em conformidade com a Constituição Federal (Art. 26, item I) e de acordo com a legislação estadual vigente (Art. 7 da Lei Estadual no. 11.996 de 24/07/92 e do Decreto no. 24.264/96)¹³.

É importante ressaltar que, na cobrança, o que se cobra é o uso dos recursos hídricos, e não o fornecimento desses recursos. Ademais, em se tratando de um bem público, o direito de propriedade dos recursos hídricos não pode ser vendido, senão o direito de uso. No Estado do Ceará, de longa data existe uma preocupação clara com a questão da escassez dos recursos hídricos, principalmente na sua componente quantitativa e em segundo plano na componente qualitativa. Esse fenômeno, entretanto, vem dando mostras visíveis de sua ocorrência em várias partes do território nacional.

Dentro dessas preocupações analisou-se que quando o problema da escassez dos recursos hídricos passa a ser realmente encarado, os instrumentos de natureza econômica assumem um papel preponderante no curso do processo de gerenciamento desses recursos, e que, apesar da relevância dos instrumentos legais, dos regulamentos, das normas e do papel da autoridade pública, esse conjunto de medidas se mostrava tradicionalmente ineficaz para combater as inúmeras formas de uso perdulário da água.

E é por essa razão que os sistemas de cobrança desenvolvidos em outros países têm apresentado bons resultados, constituindo um elemento de realce no contexto dos instrumentos utilizados na gestão dos recursos hídricos. Pois o que se discute é a racionalidade da cobrança pelo uso da água de mananciais, apresentando uma metodologia científica para determinação de um sistema de preços pelo uso da água, capaz de minimizar os impactos negativos na economia e, assim, melhorar a alocação dos recursos hídricos, entre os seus vários usuários.

A cobrança pelo uso da água foi justificada como instrumento de gestão, de modo que as externalidades no consumo e na produção devem ser internalizadas aos custos privados. Através desse mecanismo, os usuários da água são induzidos a considerar, nas suas decisões de consumo e produção, o verdadeiro valor da água para a sociedade. Em consequência desse mecanismo de cobrança pelo uso da água, a economia é induzida a obter uma alocação ótima desse recurso entre os seus múltiplos usuários.

Para a COGERH, o objetivo mais importante da cobrança pelo uso da água é garantir aos usuários de mananciais um uso eficiente desse recurso. Nesse sentido a cobrança pelo uso da água funciona como um elemento educativo, que combate eficazmente o desperdício e garante um padrão aceitável de preservação da água. Não se objetiva, pois, mediante a cobrança, incrementar a arrecadação da COGERH, além da sua auto-sustentabilidade, ou a arrecadação do Estado visando reforçar o caixa do governo.

Por isso e por diversos motivos expostos, atribuir um valor econômico à água não é tarefa fácil, visto que ela pode ser utilizada em uma grande gama de diferentes usos, desde a sua utilização como bem de consumo final até a seu uso para a desedentação humana e de animais ou insumo na produção agrícola e industrial, os quais inclui-se ainda a diluição de poluentes. O mecanismo pelo qual a utilização mais eficiente da água de mananciais pode ser atingida é através de uma política de preços pelo seu uso, a qual maximize a diferença entre os benefícios e os custos sociais.

.....

É importante observar que o simples fato de a água de uma bacia hidrográfica ser cotada a preço zero, ou muito próximo de zero, induz qualquer usuário a não levar em consideração o efeito (custo social) que a sua decisão particular de consumir um metro cúbico a mais de água causa aos outros usuários desse manancial. O órgão gestor de recursos hídricos pode e deve intervir através de ações e instrumentos de gerenciamento de demanda, de modo a fazer com que cada usuário internalize esse custo nas suas decisões individuais de consumo ou produção, com o objetivo de tornar a alocação da água de mananciais mais eficiente, principalmente nas bacias hidrográficas com altas demandas.

A escolha da melhor metodologia para nortear os preços pelo uso da água é uma das principais preocupações da COGERH. A metodologia chamada de “preços ótimos” foi escolhida por garantir uma alocação ótima dos recursos da água entre os seus múltiplos usuários. Nessa metodologia, os preços foram obtidos de modo a minimizar os impactos negativos na atividade econômica de cada setor, além de garantir a própria

solvência financeira da COGERH, órgão gestor dos recursos hídricos em nosso Estado.

Dentro da metodologia de cálculo dos preços “a cobrança pelo uso da água deve ser implementada preferencialmente com base no critério volumétrico”, ou seja, através do volume de água efetivamente consumido por cada usuário. Além de ser mais justa, sob o ponto de vista distributivo, a cobrança volumétrica induz os usuários a utilizarem de forma mais eficiente os recursos hídricos. Assim, sempre que possível, deve-se evitar a cobrança baseada em volumes de água concedidos através de métodos indiretos como o tamanho da área plantada, tendo em vista que esse procedimento pode levar os usuários a utilizarem esses recursos de forma ineficiente e, em certos casos, a um uso perdulário.

A cobrança pelo uso da água foi desenvolvida em um estudo apoiado nas teorias econômicas, de modo que as externalidades negativas tanto no consumo, quanto na produção, deveriam ser forçosamente internalizadas aos custos privados, como forma de alocar eficientemente este recurso natural escasso. Por isso, é através da capacidade de pagamento, que os consumidores e produtores podem buscar alternativas que otimizem o uso desses recursos. Nesse sentido, a cobrança pelo uso da água funciona como um mecanismo eficiente, através do qual os usuários da água internalizam o diferencial entre o custo social e o custo privado, que suas decisões individuais causam aos demais usuários do sistema hídrico.

.....

É interessante ressaltar ainda que, diferentemente de uma formação de preços *ad hoc* (através da qual arbitram-se faixas de preços, para então detectar-se os impactos sobre atividades econômicas dos setores afetados), a política de preços pelo uso da água de mananciais foi fundamentada na teoria, a qual minimiza as distorções e reflexos negativos na atividade econômica.

.....

Finalmente, no que pese seu caráter de pioneirismo, os estudos feitos recentemente pela COGERH tiveram como objetivo a definição de um modelo tarifário de água bruta para o Estado do Ceará e a proposição de uma matriz de preços a ser implementada, após discussões com os Comitês de Bacia Hidrográfica e Comissões de Usuários de Águas, a qual foi, também, apreciada no CONERH – Conselho Estadual dos Recursos Hídricos para posterior submissão à sanção pelo Governador do Estado.

Devemos salientar que existe uma condição necessária para assegurar o sucesso da implementação dos mecanismos de cobrança pelo uso dos recursos hídricos é certificar-se que os

preços a serem cobrados pelo uso da água se situem efetivamente dentro da capacidade de pagamento de seus usuários e garantir que os preços ótimos em cada modalidade de uso estarão realmente abaixo dos seus respectivos preços de reserva (níveis mínimos). Além da preocupação em satisfazer essa condição necessária, é importante também estimar o impacto econômico da cobrança pelo uso da água sobre os custos finais dos produtos e serviços, de modo que sejam assegurados impactos suportáveis sobre todos os seus múltiplos usuários.

Mathis¹⁴ corrobora o entendimento de Rolim, quando este destaca que a cobrança pelo uso dos recursos hídricos não é tarefa simples, como bem se verifica atualmente nos demais estados da Federação. E assevera:

The Pricing Problem

(...)

Social, political, institutional and even religious forces can play as significant a role as economics in water management decisions.

(...)

In practice, however, increasing the price of water is politically unpopular and policy makers are strongly motivated to avoid this instrument.¹⁵

Capra, por sua vez destaca:

A evolução de uma sociedade, inclusive a evolução do seu sistema econômico, está intimamente ligada à mudança no sistema de valores que serve de base a todas as suas manifestações. Os valores que inspiram a vida de uma sociedade determinarão sua visão de mundo, assim como as instituições religiosas, os empreendimentos científicos e a tecnologia, além das ações políticas e econômicas que a caracterizam. Uma vez expresso e codificado o conjunto de valores e metas, ele constituirá a estrutura das percepções, intuições e opções da sociedade para que haja inovação e adaptação social. À medida que o sistema de valores culturais muda – frequentemente em resposta a desafios ambientais –, surgem novos padrões de evolução cultural.¹⁶

Diante de tão claros ensinamentos, conclui-se, como faz em Mayorga e Silva¹⁷ que a cobrança pelo uso dos recursos hídricos objetiva reconhecer

a água como um bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor, auxiliando, desta forma, a evitar o desperdício, além de obter recursos financeiros para o financiamento das ações referentes à operacionalização da gestão. Vale salientar que a água para as necessidades básicas de cada pessoa, em que cada um vá se abastecer a uma captação insignificante é gratuita, como estabelece a legislação.

3 NATUREZA JURÍDICA

Por se tratar de um instituto novo, a cobrança pelo uso da água suscita o questionamento sobre a sua natureza jurídica, notadamente de se tratar a contraprestação pelo uso da água bruta de um tributo ou de um preço público. A resposta a esta pergunta encontra-se nos preceitos estabelecidos no Código Tributário Nacional e na Carta Magna.

O Código Tributário Nacional estabelece que tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.¹⁸

O mesmo diploma legal estabelece em seu art. 4º que não importa o *nomem juris* que é dado ao tributo, ou seja, sua denominação, demais características formais, e a destinação legal do produto da sua arrecadação para definir sua natureza jurídica, sendo esta determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação.¹⁹

As espécies tributárias estão definidas na Constituição Federal de 1988 e no próprio Código Tributário Nacional.²⁰ Imposto, por definição legal²¹, é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Já a contribuição de melhoria, por sua vez, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.²²

A espécie tributária que talvez pudesse mais se assemelhar ao ora analisado seria a taxa, mas, como se verá adiante, também não é aplicável. A instituição de taxas é autorizada pela Carta Política e pelo Código Tributário Nacional, no âmbito das três esferas de Governo - federal, estadual e municipal - necessitando, para tanto, legislação instituidora, em respeito do princípio constitucional da legalidade tributária.

Mas o que são taxas? A resposta é dada de forma clara por Machado²³:

Enquanto o imposto é uma espécie de tributo cujo fato gerador não está vinculado a nenhuma atividade específica relativa

ao contribuinte (CTN, art. 16), a taxa, pelo contrário, tem seu fato gerador vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte..... A primeira característica da taxa, portanto, é ser um tributo cujo fato gerador é vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Acrescente-se, pois, que a taxa é vinculada a serviço público, ou ao exercício do poder de polícia.

E continua o mesmo autor, definindo-a como a “espécie de tributo cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, ou o serviço público, prestado ou posto à disposição do contribuinte.”

Como expresso alhures, as taxas poderão ser instituídas pela União, Estados, Distrito Federal e municípios “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.”²⁴

Sobre poder de polícia, Freund *apud* Nogueira²⁵, sintetiza-a como “o poder de promover o bem público pela limitação e regulamentação do uso da liberdade e da propriedade.”

No ordenamento jurídico, a definição de poder de polícia foi dada pelo CTN, quando assim o conceituou:

Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.²⁶

No tocante ao poder de polícia, o fato gerador da taxa é o seu exercício regular, da forma como preceituada no art. 77 do CTN²⁷. Como leciona Silva²⁸,

(...) o termo exercício nos dá uma idéia dinâmica, de prática efetiva de atos, logicamente, na espécie, pelos Poderes Públicos. Estaria ele representado por atos preparatórios, exames, vistorias, perícias, verificações, averiguações, avaliações, cálculos, estimativas, confrontos, autorizações, licenças, homologações, permissões, proibições, indeferimentos, dentre outros, todos correspondendo a um juízo de valor emitido pela autoridade competente ou à prática de fiscalização.

Já por serviços públicos, para se ter a idéia da segunda parte do mandamento constitucional (art. 145, II), mais uma vez Machado²⁹ ensina ser “toda e qualquer atividade prestacional realizada pelo Estado, ou por quem fizer suas vezes, para satisfazer, de modo concreto e de forma direta, necessidades coletivas.”

Ressalta-se, como bem o faz Machado³⁰, que o conceito de serviço público não foi pacificado nem entre os próprios administrativistas, sendo esta definição mais didática. Silva³¹ é de opinião idêntica.

Mello³², sobre serviço público, define-o como

(...) toda atividade de oferecimento de utilidade ou de comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Para que este serviço público possa servir de fato gerador de alguma taxa, ele deverá ser específico e divisível; prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição; e utilizado, efetiva ou potencialmente. Não é o caso aqui discutido.

E este serviço, como esclarecem Nogueira e Nogueira,³³

(...) é aquele que somente pode ser prestado pelo Estado, isto é, serviço administrativo ou jurisdicional. Só ao Estado compete prestá-lo aos seus jurisdicionados como desempenho de atribuições públicas e como decorrência do *jus imperii*.

Portanto, tributariamente falando, esta contraprestação (cobrança pelo uso da água) não se enquadra em nenhum dos institutos antes elencados; e, excluída a possibilidade de se tratar de um tributo, mais se assemelha ao preço público.

Nogueira e Nogueira³⁴ lecionam que

(...) os preços públicos são parte das Receitas Originárias, assim denominadas porque sua fonte é a exploração do patrimônio público ou a prestação de serviço público. Por isso são também chamadas Receitas Industriais ou Patrimoniais, porque provenientes da exploração de serviços, bens, empresas ou indústria do próprio Estado.

Machado³⁵, de mesma opinião, leciona que, “quanto à remuneração pelo uso ou pela aquisição da propriedade de bens do Estado, é pacífico o entendimento: a receita é um preço. Nunca uma taxa.”

Para confirmar se tratar de preço público, importante ressaltar que a água bruta faz parte dos bens de domínio da União e dos Estados (art. 20, III e 26, I, CF/88, respectivamente),

Art. 20. São bens da União:

(...)

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

É o caso. A utilização do bem público, a água bruta, ensejará a cobrança de um preço público.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS³⁶

A cobrança pelo uso da água é importante instrumento de gestão que deve ser amplamente utilizado, seja para objetivar o reconhecimento da água como um bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor, auxiliando, desta forma, para evitar o desperdício, seja para garantir recursos financeiros para a gestão da água.

O que se cobra é o uso dos recursos hídricos, e não o fornecimento desses recursos, uma vez que, se tratando de um bem público, o direito de propriedade dos recursos hídricos não pode ser vendido, senão o direito de uso. Esta conclusão se chega ao conjugar vários fatores, mas primordialmente o fato de a água ser um bem de domínio público, seja da União, seja dos estados.

No tocante à natureza jurídica da contraprestação pelo uso da água bruta, nosso entendimento é de que não se trata de um novo tributo, uma vez que o estudo demonstrou que esta ensejará a cobrança de um preço público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMPOS, José Nilson Beserra. *A água e a vida, textos e contextos*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 1999.
- CAPRA, Fritjof. *O Ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1991.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, São Paulo: Malheiros, 1997.
- MAIA, Alexandre Aguiar. *Legislação de recursos hídricos no Estado do Ceará: coletânea e comentários*. Fortaleza: Konrad Adenauer, 2004.
- MATHIS, Mitchell Lee. *Policy design in an imperfect world: essays on the management and use of open access renewable natural resources*. Tese de Doutorado, University of Texas at Austin, 1999.
- MAYORGA, Maria Irlles de Oliveira e SILVA, Ubirajara Patrício Álvares da, *Cobrança pelo uso da água como instrumento de gestão dos recursos hídricos no Semi-árido*. mimeo
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de serviço público e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa; NOGUEIRA, Paulo Roberto Cabral. *Direito tributário aplicado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense (vol. II), 1995.
- POMPEU, Cid Tomanik. *Diagnóstico da situação do sistema de administração dos direitos de água no Estado do Ceará, em particular na bacia Metropolitana*, Fortaleza: SRH, 1998.
- ROLIM, Herique Sérgio Cavalcante. *Observações da coordenação de tarifas sobre o Projeto de Indicação 44/2004, Autoria do Deputado Manoel Castro*. In: Processo Administrativo SPU nº 05113530-2, 2005.
- SALES, Célio Augusto Tavares e. *Contribuição para um modelo de alocação de água no Ceará*. Fortaleza: Dissertação de Mestrado – UFC, 1999.
- SETTI, Arnaldo Augusto. *Legislação para o uso dos recursos hídricos*. Brasília: ABEAS, 1999.
- SILVA, Edgard Neves da. *Taxas*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. Belém: Editora Cejup, 1997, v. 2.
- THAME, Antonio Carlos de Mendes. *Fundamentos e antecedentes*. In: THAME, Antonio Carlos de Mendes (org.). *A cobrança pelo uso da água*. São Paulo: Iqual, 2000.

- ¹ THAME, Antonio Carlos de Mendes. Fundamentos e antecedentes. In: THAME, Antonio Carlos de Mendes (org.). *A cobrança pelo uso da água*. São Paulo: Iqual, 2000, p. 14.
- ² SALES, Célio Augusto Tavares e. *Contribuição para um modelo de alocação de água no Ceará*. Fortaleza: Dissertação de Mestrado – UFC, 1999, p. 6.
- ³ CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1991. O autor, ainda, alerta para a noção de que “os economistas das grandes companhias tratam não só o ar, a água e vários reservatórios do ecossistema como mercadorias livres” e que “os lucros privados estão sendo gerados cada vez mais às custas” da “deterioração do meio ambiente e da qualidade geral de vida” (p. 217).
- ⁴ *Ibid.*, p. 181.
- ⁵ Lei n. 6.938/81 – “Art. 4. A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
(...)
VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.”
- ⁶ CAMPOS, José Nilson Beserra. *A água e a vida: textos e contextos*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 1999, p. 84.
- ⁷ ROLIM, Herique Sérgio Cavalcante. *Observações da coordenação de tarifas sobre o projeto de indicação n. 44/2004. Autoria do Deputado Manoel Castro*. Processo Administrativo SPU n. 05113530-2, 2005.
- ⁸ CAPRA, *op. cit.*, p. 182, define Economia “como a disciplina que se ocupa da produção, da distribuição e do consumo das riquezas. Tenta determinar o que é valioso num dado momento, estudando os valores relativos de troca de bens e serviços”. Portanto, segundo este autor, “a Economia é, entre as ciências sociais, a mais normativa e a mais claramente dependente de valores.”
- ⁹ POMPEU, Cid Tomanik. *Diagnóstico da situação do sistema de administração dos direitos de água no Estado do Ceará, em particular na bacia Metropolitana*. Fortaleza: SRH, 1998, p. 10.
- ¹⁰ *Ibid.*, p. 39.
- ¹¹ SETTI, Arnaldo Augusto. *Legislação para o uso dos recursos hídricos*. Brasília: ABEAS, 1999, p. 36.
- ¹² *Ibid.*
- ¹³ É imperioso informar que o Decreto n. 24.264/96 citado por Rolim foi revogado pelo Decreto n. 27.271/2003, substituído pelo Decreto n. 28.244/2006, que atualmente regulamenta a cobrança pelo uso da água no Ceará.
- ¹⁴ MATHIS, Mitchell Lee. *Policy Design in an Imperfect World: Essays on the Management and use of Open Access Renewable Natural Resources*. Tese de Doutorado, University of Texas at Austin, 1999, p. 72; p. 79.
- ¹⁵ O Problema de Preços: (...) Forças sociais, políticas, institucionais e até mesmo religiosas podem agir tão significativamente quanto a economia na decisão da gestão da água. (...) Na prática, entretanto, aumentar o preço da água é politicamente impopular e os criadores de políticas estão fortemente motivados a fugir este instrumento. (Traduziu-se).
- ¹⁶ *Ibid.*
- ¹⁷ MAYORGA, Maria Irlés de Oliveira e SILVA, Ubirajara Patrício Álvares da. *Cobrança pelo uso da água como instrumento de gestão dos recursos hídricos no Semi-árido*. mimeo
- ¹⁸ CTN, art. 3º
- ¹⁹ CTN – “Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.”
- ²⁰ CF – “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
I - impostos;
II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.”

CTN – “Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.”

²¹ CTN – “Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”

²² CTN – “Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.”

²³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 314.

²⁴ CF, art. 145, II.

²⁵ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 161.

²⁶ CTN, art. 78.

²⁷ CTN – “Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.”

²⁸ SILVA, Edgard Neves da. *Taxas*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. Belém: Editora Cejup, 1997, v. 2, p. 356.

²⁹ *Loc. cit.*

³⁰ *Loc. cit.*

³¹ SILVA, *op. cit.*, p. 360.

³² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de serviço público e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 20.

³³ NOGUEIRA, Ruy Barbosa e NOGUEIRA, Paulo Roberto Cabral. *Direito tributário aplicado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II, p. 34.

³⁴ *Ibid*, p. 35, p. 36

³⁵ *Op. cit.*, p. 361.

³⁶ Para maiores esclarecimentos sobre a cobrança pelo uso da água, cf. MAIA, Alexandre Aguiar. *Legislação de recursos hídricos no Estado do Ceará*: coletânea e comentários. Fortaleza: Konrad Adenauer, 2004.

CHARGING FOR THE USE OF RAW WATER: LEGAL ISSUES

ABSTRACT

This paper deals with the issue concerning charging for the use of raw water as one of the instruments of National and State Policies, assessing the legal permissions, its economic focus and the juridical nature of this obligation, widely criticized by users and seen as another tax.

KEYWORDS: Charging. Water Resources. Value. Juridical Nature.

LA TAXE SUR L'UTILISATION DE L'EAU NON TRAITÉE: ASPECTS LEGAUX

RÉSUMÉ

La présente étude traite de la taxe sur l'utilisation de l'eau non traitée, en tant qu'instrument des Politiques, nationale et étatique, sur les ressources hydriques. Il s'agit des questions légales, des aspects économiques et de la nature juridique de cette contre-prestation, très critiquée par les usagers et considérée comme un nouveau "impôt".

MOTS-CLÉS: Taxe. Ressources hydriques. Valeur. Nature juridique.

POR QUE MORRER?

Ana Paula Martins Albuquerque*

1 Introdução. 2 O Direito à vida (ou subvida) é superior ao direito à dignidade? 3 As técnicas de tirar a vida sem sofrimento. 4 A eutanásia pelo mundo. 5 O Brasil e a eutanásia. 6 Considerações Finais. Referências.

RESUMO

Direito à vida e à dignidade como direitos fundamentais. Mudança no conceito de morte em decorrência do avanço da tecnologia que proporcionou o prolongamento da vida, mesmo que por aparelhos. Existência de quadros clínicos irreversíveis que eliminam o prazer e o sentido da vida para algumas pessoas. A eutanásia significando a morte deliberadamente causada a uma pessoa que sofre de enfermidade incurável, visando amenizar a agonia e o sofrimento do indivíduo enfermo. O Brasil, ao mesmo tempo em que reconhece a centralidade do direito a se manter vivo, deve, necessariamente, reconhecer o direito a uma morte digna.

PALAVRAS-CHAVE: Eutanásia. Direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O direito à vida é, indiscutivelmente, um dos direitos fundamentais mais importantes que o indivíduo possui. O princípio ético de que a vida humana é um bem sagrado e que, por isso, deve ser protegido por legislações de um Estado laico faz parte de um consenso geral. A divergência, então, pauta-se sobre a inviolabilidade da vida humana. Afirmar a sacralidade da vida não pode significar santificá-la, isto é, impedir que se possa deliberar sobre como, e até quando, um ser humano quer manter-se vivo.

Os avanços da tecnologia proporcionaram, além da mudança do conceito de morte, o prolongamento da vida por meio de métodos artificiais, ocasionando, obrigatoriamente, a necessidade de manifestação do paciente sobre as possíveis intervenções em seu corpo. Para muitas pessoas, o desejo de se manter

* Advogada, Especialista em Direito e Processo Tributários pela UNIFOR e Membro da Comissão de Estudos de Direito Tributário da OAB/CE.

vivo está intimamente relacionado com a capacidade plena de viver a vida. E daí, tem-se um outro princípio fundamental tão importante quanto o direito à vida: o direito à vida digna.

A eutanásia, assim, consiste na morte deliberadamente causada a uma pessoa que sofre de enfermidade incurável, objetivando amenizar a agonia e o sofrimento do indivíduo enfermo. Sua prática traz, conseqüentemente, debates a respeito da disponibilidade do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana frente ao sofrimento de um indivíduo em estado terminal.

Nesse contexto, por todo o mundo, há quem defenda o direito à morte com dignidade e há, em sentido contrário, quem entenda que não cabe aos homens pôr fim à vida. Na abordagem do direito de escolha pela morte ocorrem, inevitavelmente, conflitos de interesses, já que estão fundamentados em elementos biológicos, psicológicos, sociais, políticos, religiosos, econômicos e culturais. É, pois, uma questão complexa que exige uma reflexão acerca do direito de deliberar sobre a própria morte.

2 O DIREITO À VIDA (OU SUBVIDA) É SUPERIOR AO DIREITO À DIGNIDADE?

Evidente que a vida é um dos valores inerentes à pessoa humana, mas foi somente com o decorrer do tempo que ela passou a ser reconhecida e protegida como valor jurídico. O que havia antes era apenas a origem humana e social deste direito, ou seja, não existia qualquer garantia formal do direito à vida. Através de um resgate histórico, percebe-se que o Estado não reconhecia os “valores primários” do ser humano. Só posteriormente, com a Revolução Francesa, foi que a prevalência do indivíduo manifestou-se em dimensão cosmopolita.

Com o avanço da biotecnologia e a modernização da sociedade, a concepção sobre a vida sofreu mudanças. A idéia clássica de relacionar a vida com o ato de respirar ou, ainda, com as batidas do coração foi prontamente abandonada. A esta visão da medicina, vieram acrescer as concepções sociológicas, filosóficas e jurídicas, de tal modo que a vida passa, assim, a ser encarada de uma outra maneira: qualidade e dignidade passam a ser elementos intrínsecos ao direito de viver. Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva:

Vida, no nosso texto constitucional não será considerada apenas em seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo

sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte¹.

Dessa forma, sob tal ótica, não se privilegia mais somente a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo. Mais do que direito a uma vida, defende Maria de Fátima Freire de Sá,² em condições de desenvolvimento das potencialidades do indivíduo como ser humano, a questão da dignidade refere-se, mais proximamente, no que concerne ao problema das pessoas cuja capacidade de responder por si própria é debilitada, ao direito de não sofrer *indignidade*.

Pacientes terminais têm direito de morrer com dignidade ou devem sobreviver, ainda que vegetativamente, até a parada respiratória ou morte cerebral? E entre os Direitos à vida e à dignidade, qual prevalece? A sociedade moderna, com a evolução da medicina e da tecnologia, deparou-se com duas exigências igualmente legítimas, ainda que em conflito: de um lado, o particularismo das liberdades, preferências de interesses particulares, pertencente ao campo dos direitos de cada indivíduo e, do outro, o universalismo das necessidades, bem como de interesses de toda uma coletividade, inerente, assim, ao campo dos direitos de todos os indivíduos.

As situações mencionadas provocam, também, uma reflexão sobre os princípios da autonomia da vontade e de justiça. Isso porque, equacionados sob o Direito, demonstram claramente o tipo de sociedade vigente: individualista e coletivista ao mesmo tempo. É o que entende Norberto Bobbio:

Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdade, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes (...). São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles, não se pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral de outros. Dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis.³

A questão é que não há princípio do qual se possa pretender seja considerado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra, por exemplo, a coletiva⁴. É ao tomarmos como discussão a eutanásia, não se pode, evidentemente, ter a pretensão de apresentar soluções conclusivas. Afinal, a liberdade e a dignidade humana são valores igualmente intrínsecos à vida de qualquer indivíduo. Como não há nenhum princípio de valor absoluto, é preciso valer-se dos métodos de interpretação para que, diante do caso concreto, possa se tomar uma decisão justa.

Daí se afirmar que há uma exigência lógica e, por que não, também axiológica, de se postular um outro “princípio maior” para que haja respeito às normas de direito fundamental que, por possuírem o caráter de princípios, tendem a colidir:

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca a uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao (s) outro (s), e jamais lhe (s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu núcleo essencial.⁵

Nesse sentido, o equilíbrio entre o coletivo e o individual está atrelado à qualidade de vida, ou seja, à vida digna e à igualdade defendidas pela Carta Maior. Parece haver, pois, uma necessidade de se ampliar tanto a interpretação, como a aplicação do chamado superprincípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que mais importante do que a própria vida fisiológica é a vida com dignidade.

Como garantir a efetividade do princípio da igualdade entre pessoas sãs e sadias, que têm a vida atrelada à saúde do corpo e da mente, e aquela que sofre as conseqüências de doenças várias, tendo a vida se transformado, nesses casos, em dever de sofrimento? Pode ser que a resposta esteja, exatamente, na liberdade de escolha para os indivíduos que se encontram na segunda situação mencionada. A propósito, leciona Sergio Cecchetto: “Perder la autonomía es de alguna manera perder también nuestra humanidad, y los murientes precisan imperiosamente sobreponerse a su destino, juzgar por cuenta propia y elegir”.⁶

Não se pode admitir que o direito à vida constitucionalmente garantido se transforme em dever de sofrimento e, por isso, dever de viver. Em um Estado Democrático de Direito, não há espaço para a obstinação em prolongar o sofrimento de pacientes terminais. O ser humano, decididamente, possui outras dimensões que ultrapassam a biológica e o Direito não pode preocupar-se somente com esta questão, mas, ao contrário, buscar a unidade do ser humano. Tal raciocínio reforça a autonomia que cada ser individual tem: o direito à escolha pela vida, bem como pelo momento da morte. Defesa que exalta o interesse individual em relação ao interesse da sociedade.

3 AS TÉCNICAS DE TIRAR A VIDA SEM SOFRIMENTO

A eutanásia não é um fenômeno recente. O direito de matar e de morrer, sempre tiveram defensores, como também opositores extremados:

Sabe-se que entre os povos primitivos sacrificavam-se doentes, velhos e débeis e se o fazia publicamente numa espécie de ritual cruel e desumano. Na Índia antiga, os incuráveis de doenças eram atirados no Ganges, depois de terem a boca e as narinas vedadas com lama sagrada. Os espartanos, do alto do Monte Taijeto, lançavam os recém-nascidos deformados até os anciãos, sob a alegação de que não mais serviam para guerrear. Na Idade Média, dava-se aos guerreiros feridos um punhal afiadíssimo denominado misericórdia, que lhes servia para evitar o sofrimento prolongado da morte e para não caírem as mãos do inimigo. O polegar para baixo de Césares era uma permissão à eutanásia, facultando aos gladiadores uma maneira de fugirem da morte agónica e da desonra⁷.

A discussão sobre a eutanásia (*eu*: boa; *thanos*: morte) atravessou toda a história da Humanidade, mas só no século XVII, o termo, de etimologia grega, foi proposto pelo filósofo inglês Francis Bacon.

Embora a eutanásia seja, por si só, o ato de facultar a morte sem sofrimento a um indivíduo em estado de doença terminal, tem-se nele dois elementos envolvidos, quais sejam a intenção e o seu efeito. No elemento intenção, particularmente, o ato de realizar a eutanásia pode ocasionar tanto uma ação, daí ter-se a “eutanásia ativa”, como uma omissão, ou melhor, a não-realização da ação, tendo-se a “eutanásia passiva” ou a orthonásia. Nesta, não há a provocação deliberada da morte e sim, a cessação de toda e qualquer ação que tenha por fim prolongar a vida. Não há, dessa maneira, um ato que provoque a morte, como na eutanásia ativa, mas também não há nenhum outro ato que a impeça. Essa diferença entre as duas formas da eutanásia, contudo, não é pacífica na doutrina, como se percebe na passagem de Sergio Cecchetto:

Autores como Joseph Fletcher, Daniel Maguire y Marvin Kohl se enrolan tras esa divisa, más allá de los matices que en un primer examen parecerían separarlos. Fletcher, por ejemplo, cree que no existen diferencias sustantivas entre los dos tipos clásicos de eutanasia (la activa, directa o por comisión vs. La pasiva, indirecta o por omisión) ya que en ambos casos se persigue idéntico fin: la muerte del enfermo. Sus compañeros de ruta, Col y Maguire, por el contrario, aceptan de buen grado esa diferenciación aunque, cada uno a su manera, acaban reconociendo la licitud de ambas formas con lo cual la pretendida distinción se diluye en brazos de una aceptación generalizada⁸.

Já em sentido contrário à eutanásia, encontra-se a distanásia que tem como objetivo prolongar, ao máximo, a quantidade da vida humana mesmo que a cura não seja possível e o sofrimento se torne demasiadamente penoso.

No entanto, em mesmo sentido da eutanásia, tem-se o suicídio assistido, ainda que não sejam figuras equivalentes. Vejamos a distinção estabelecida por Diaulas Ribeiro:

Na eutanásia, o médico age ou omite-se. Dessa ação ou omissão surge, diretamente a morte. No suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é conseqüência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro⁹.

Assim como na eutanásia, no suicídio assistido, a relevância que se dá é à vontade do paciente, o seu consentimento. A morte tem que ser, portanto, voluntária. Sendo assim, Dworkin defende que as pessoas têm o direito de decidir sobre suas próprias mortes em três tipos de situações: “de consciência e competência (*conscious and competent*), de inconsciência (*unconscious*), e, por fim, de consciência, mas incompetência (*conscious but incompetent*)¹⁰”. No que tange à primeira situação, defende o autor que, na maioria dos países ocidentais, o suicídio não é considerado como crime. Entretanto, nesses mesmos países, as leis proíbem médicos e terceiros de praticarem o suicídio assistido.

No estado de inconsciência, contudo, há uma prática comum em que os médicos são forçados a decidir se mantêm ou não a vida de alguém que se encontra inconsciente e na iminência de morte. De uma maneira em geral, os hospitais têm adotado uma política, seja formal ou não, de não reviver um indivíduo quando suas chances de sobrevivência são quase inexistentes. Ocorre que muitos desses pacientes que estão inconscientes não se encontram na iminência de morrer. Devido aos acidentes e doenças, estão em estado vegetativo ou em coma. E mesmo não sendo capazes de qualquer sensação e pensamento, se alimentados podem “viver” indefinidamente. Mas, quem vegeta, vive? Qualquer indivíduo tem total razão para querer morrer se sua vida tornou-se inconsciente e vegetativa. Por fim, tem-se o estado de consciência, mas de incompetência. Estado em que, obrigatoriamente, indaga-se se pessoas conscientes devem possuir o poder de especificar qual o tipo de tratamento gostariam de receber caso viessem a se tornar totalmente incapazes¹¹.

O fato é que todos esses estados apresentados por Dworkin remetem-se à questão da autonomia, significando a capacidade ou aptidão que têm as pessoas de conduzirem suas vidas como melhor convier ao entendimento de cada uma delas¹².

Não se deve, nesse sentido, interferir na soberania das pessoas em tomar decisões, mesmo quando as reputamos imprudentes, porque, geralmente, cada indivíduo é quem melhor sabe o que lhe convém¹³, exceções aos casos de perturbação mental, até mesmo decorrente da doença.

É bom que se diga que a morte, além de evento científico, é evento moral, religioso e cultural. Portanto, além da dimensão biológica, há, também, a dimensão biográfica: diferentes comunidades têm diferentes visões sobre a morte, e a dignidade acaba por ter de se aliar a estas dimensões. Eis a função integradora que a bioética tem prela frente: buscar equilíbrio entre a qualidade e a sacralidade da vida.¹⁴

Mesmo quanto aos indivíduos que se encontram mentalmente debilitados, ou seja, considerados mentalmente incapazes, o autor defende que o direito à dignidade não está intrinsecamente relacionado à capacidade do indivíduo de compreendê-lo como tal. O direito à vida ou morte digna “é o direito a que os outros se conscientizem de seus interesses críticos: que eles se conscientizem de que se está diante de uma criatura dotada de padrão moral que lhe é intrínseco a tal ponto importante que representa diferença sobre como sua vida irá continuar”.¹⁵ Ainda que não possa discernir entre o que é nocivo e o que convém, não perdeu a condição de ser humano que deve, necessariamente, ter a sua dignidade respeitada.

4 A EUTANÁSIA PELO MUNDO

Para esta investigação, elegeram-se três países (EUA, Espanha e Holanda), considerando as experiências que eles apresentam sobre o tema.

A Suprema Corte Americana vem enfrentando, a cada dia, casos em que a questão é decidir se paciente em processo de morte é ou não titular de um direito constitucionalmente assegurado. Mas, independente da decisão da Corte nos Estados Unidos, cada Estado, atualmente, reconhece alguma forma de pronunciamento quanto à decisão sobre a própria morte, seja na forma de “*testamento de vida*”, documento que estabelece o procedimento específico para que o indivíduo não seja mantido vivo em determinadas circunstâncias, quanto à “*procuração de auxílio à saúde*”, documento especificando uma outra pessoa com poder de decisão acerca da vida e morte do indivíduo quando este se encontrar com saúde debilitada.

A questão é que, embora haja uma “solução” individual, Dworkin¹⁶ alerta que ainda existem decisões políticas a serem tomadas. Segundo ele, a sociedade precisa decidir quão longe será a permissão para que seus membros escolham morrer. Além de discussões jurídicas e políticas, há, necessariamente, uma reflexão moral que não pode ser desconsiderada. Enquanto técnica de interpretação, a figura do minimalismo jurídico é utilizada pelos juristas norte-americanos quando estão tratando sobre questões complexas e polêmicas: “*é o uso construtivo do silêncio*”. Nas palavras de Maria de Fátima de Sá:

O minimalismo é melhor entendido como um esforço de deixar que situações levadas a juízo, principalmente, em grau

recursal, sejam julgadas sem maior profundidade. Assim, juízes minimalistas são aqueles que tentam manter seus julgamentos tão estreitos e tão incompletamente teorizados quanto possível, consistentes, unicamente, com a obrigação de fundamentá-los, de modo a se evitar discussões de questões constitucionais. Gostam do uso de doutrinas de justiciabilidade e prezam a possibilidade de poderem limitar sua autoridade de modo a não invadirem áreas politicamente contenciosas. A aversão a opiniões consultivas guia muito o trabalho do juiz minimalista, sendo imperioso concluir que tal técnica visa minimizar os riscos de erros causados por regras amplas e teorias abstratas, maximizando, por consequência, o espaço para deliberação democrática sobre política básica em questões morais.¹⁷

Analisando o minimalismo sobre o direito de morrer, entende-se que há uma afronta constitucional em leis que proíbem o suicídio assistido por médicos. No entanto, entendem os juízes que defender um direito constitucional de morrer alcança muitas outras questões. E diante de situações subjetivas completamente distintas, as decisões sobre o direito de morrer, nos Estados Unidos, estão enquadradas no minimalismo, no sentido de que as cortes americanas posicionam-se extremamente relutantes em resolver tais problemas com regras amplas. De maneira em geral, a Corte americana, procedendo ao estilo *common law*, recusa-se a fazer mais do que o mínimo necessário para resolver as controvérsias concretas.

Na Espanha, a primeira lei a ser mencionada é a chamada *Ley General de Sanidad*, de 1986, que estabeleceu as situações em que a intervenção médica não necessita esperar, por escrito, o consentimento do paciente. Em contrapartida, a referida lei não previu a possibilidade de aceitação, bem como de recusa de tratamento e suas condições. No âmbito da legislação penal, a eutanásia tem seu reconhecimento como delito.

Ocorre que a partir da Constituição de 1978, surgiram outras orientações em relação à doutrina penal no que se refere à eutanásia: “é que o preceito constitucional atinente ao direito à vida, unido àquele que proíbe tratamentos desumanos e degradantes, passaram a dar novo enfoque a tema tão controvertido”¹⁸. Em razão disso, a doutrina espanhola observa a questão de punibilidade sob diferentes visões, quais sejam, eutanásia passiva, indireta e ativa. Quanto às duas primeiras, a doutrina admite a impunibilidade, mesmo que sob justificativas diferentes. A divergência doutrinária, porém, gira em torno da eutanásia ativa. Parte dos doutrinadores entende não ser caso de punição, sob fundamento da própria Constituição, e, por outro lado, alguns estudiosos defendem ser a condução ilícita, ainda que admitam a possibilidade de atenuação da responsabilidade criminal.

Os projetos de reforma da legislação penal foram os de 1992 e o de 1994 (leis Orgânicas) que, pela primeira vez na história

legislativa da Espanha, ensaiaram nova forma de regulação das condutas de participação em suicídios, além de terem introduzido alguns supostos de regulação de morte eutanásica. Contudo, no que tange aos atos de participação em suicídio, parece que a única mudança em relação ao texto então vigente era a exclusão expressa de punição àquele que, apenas, foi cúmplice do suicídio, ou mesmo da figura do cúmplice não necessário.

Na Holanda, a eutanásia e o suicídio assistido foram encarados como condutas típicas, antijurídicas e culpáveis pela legislação do país, mas, no ano de 2002, foi aprovada uma lei específica sobre o assunto. Diferente de outros países em que se aplica, especificamente, o princípio da legalidade, o ordenamento jurídico holandês busca adotar o “princípio da oportunidade”, ou seja, em decorrência de princípios outros derivados do interesse geral, o Ministério Público tem a faculdade de desistir da ação penal, mesmo que a eutanásia seja um fato punível. Há, então, um estudo minucioso do caso concreto, verificando suas circunstâncias particulares, como por exemplo, a duração e o caráter da doença, que variam, obviamente, de um caso para outro. Ao suicídio assistido, também é possível alegar força maior, desde que fique confirmado tratar-se de sofrimento insuportável, sem perspectiva de melhora. Cumpridos todos os critérios de diligência, o Ministério Público pode desistir de promover a ação penal¹⁹.

5 O BRASIL E A EUTANÁSIA

Art. 121. Matar alguém. Pena – Reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, (...) o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço²⁰.

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Pena - Reclusão de dois a seis anos, se o suicídio se consuma, ou reclusão de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave²¹.

Da leitura dos dispositivos acima expostos, depreende-se que o Direito Penal pátrio trata a eutanásia, nas suas diferentes formas, como homicídio, mesmo que na modalidade privilegiada. Assim, analisando o § 1º do art. 121 do Código Penal, observa-se que o ato de tirar a vida de alguém que se encontre em grande sofrimento pode ser considerado motivo de relevante valor social ou moral e, por essa razão, o agente que venha a praticar o ato poderá ter

redução da pena. Em qualquer hipótese, a eutanásia e o suicídio assistido são considerados como condutas típicas, antijurídicas e culpáveis pela legislação do nosso país.

Entretanto, desde 1995, tramita o projeto de lei nº 125, com a finalidade de legalizar a “morte sem dor”. Tal projeto prevê a possibilidade de solicitação, por parte daquele que está acometido de sofrimento físico ou psíquico, de procedimentos que conduzam a sua morte. No caso do paciente que esteja impossibilitado de fazê-lo, a autorização poderá ser obtida, judicialmente, a partir do pedido de familiares e amigos. O projeto, contudo, ainda é incompleto e inconsistente.

O fato é que são muitos os argumentos que caminham contra a prática da eutanásia, principalmente aqui no Brasil. E, nessa caminhada, a força opositora mais expressiva é a Igreja. É ela quem tem o ponto de vista mais conservador ao pensar que qualquer que seja a intervenção humana para retirar a vida de alguém estará indo de encontro à natureza. Nesse sentido, a idéia da eutanásia sempre insultará o valor da “santidade” da vida: “O instinto é parte central de muitas tradições religiosas. Na maioria das teorias, o apelo para a santidade da vida utiliza a imagem da propriedade: a vida de uma pessoa pertence a Deus e não a ela”.²²

A questão, então, é muito mais religiosa do que jurídica. A dificuldade hermenêutica vem, decididamente, da contribuição religiosa, já que antes tínhamos uma sociedade fundamentada em razões religiosas cuja concepção de vida era o exercício da fé. Aliada à idéia religiosa, tem-se o entendimento de que a vida humana constitui um bem jurídico de titularidade social e não individual, sendo o princípio da indisponibilidade da vida uma consequência, também, dessa perspectiva estatal.

Há, em contrapartida, o crescimento de uma outra corrente que defende a disponibilidade da vida por reconhecer, ao seu titular, a liberdade de disposição do seu corpo. Concepção essa, que se apóia, fundamentalmente, no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição Federal de 1988.

Concentramo-nos, pois, na força dos princípios para compreender, como legítima, uma interpretação jurisdicional de base principiológica. Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

São os chamados *hard cases*, as questões mais tormentosas, aquelas que terminam sendo examinadas no exercício da jurisdição constitucional, as quais não se resolvem satisfatoriamente com o emprego apenas de regras jurídicas, mas demandam o recurso aos princípios, para que sejam solucionadas em sintonia com o fundamento constitucional da ordem jurídica.²³

Tudo se passa de maneira diferente quando se está tratando de princípios. Isso porque, na medida em que não disciplinam nenhuma situação jurídica como as regras, não entram em choque de forma direta, ou seja, são plenamente compatíveis uns com os outros. Mas, ao tentar solucionar um caso concreto, percebe-se que os princípios se encontram em tensão permanente. E a decisão que for tomada, necessariamente, privilegiará um (ou alguns) em detrimento de outro (s), mesmo que “todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia”.²⁴

Os princípios, então, devem ser conciliados para que nenhum deles tenha seu núcleo essencial atingido. E no momento de decidir como fazer a conciliação entre os princípios é preciso transcendê-los a um “princípio maior” que é o Princípio da Proporcionalidade.

Embora não previsto expressamente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, o princípio da proporcionalidade é, contemporaneamente, o principal meio utilizado para resolver o confronto entre os direitos fundamentais, sendo, por isso, considerado como um método decorrente da própria dignidade da pessoa humana e um indispensável instrumento de realização do Estado Democrático. Cabe ao princípio da proporcionalidade ser não apenas um princípio fundamental, mas, principalmente, uma forma de sustentação do próprio sistema jurídico, já que através dele é que se torna possível a convivência harmônica de tantos direitos antagônicos.

De acordo com o Professor Willis Santiago Guerra Filho, o princípio da proporcionalidade tem a importante função de intermediar o relacionamento entre os direitos e garantias fundamentais, bem como a organização institucional dos Poderes estatais, motivo pelo qual se justificaria a sua difusão. A proporcionalidade não é um princípio comum, e sim uma técnica de raciocinar e de analisar problemas. Problemas esses que, durante muito tempo, ficaram sem solução dentro do Direito e que, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, vêm encontrando desfecho satisfatório, uma vez que o mesmo dá uma idéia de justiça, inserindo um conteúdo valorativo no Direito.

Pois bem. Como se disse anteriormente, não há direito absoluto. Haverá casos, portanto, em que um determinado direito deve ceder lugar ao outro. Aí é que faz erigir o princípio da proporcionalidade como grande princípio orientador para a solução da problemática dos direitos fundamentais na nossa ordem constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há experiências de doenças, de sofrimento intenso, quadros clínicos irreversíveis que eliminam o prazer e o sentido da vida para algumas pessoas. A absoluta falta de desejo pela vida faz com que algumas delas prefiram morrer a sobreviver em condições que consideram indignas. A reflexão sobre o direito de morrer evidenciou tanto a necessidade de compreensão das dificuldades

enfrentadas por indivíduos que, diante de dores físicas e psíquicas almejam a morte, como, por outro lado, as limitações impostas pelo Estado ao ser o garantidor do princípio da indisponibilidade da vida. Há, dessa forma, uma nova abordagem no que tange à interpretação e aplicação do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

O fato de vivermos em uma sociedade plural, rica em crenças e valores religiosos, não permite que se reconheça um sentido único para a vida ou para morte. Assim, têm-se diferentes formas de definir e encarar essas experiências. Em um Estado laico e plural como o Brasil, ao mesmo tempo em que se reconhece a centralidade do direito a se manter vivo, deve-se, necessariamente, reconhecer o direito a uma morte digna.

Portanto, a análise do caso concreto é indispensável, já que a decisão deverá garantir a justiça para uma situação específica e especial. Assim, há necessidade de se expandir a interpretação e efetiva aplicação do superprincípio da dignidade da pessoa humana, concedendo-se liberdade e autonomia às pessoas que, encontrando-se em casos extremos, possam viver ou morrer com dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO, Celso Pinheiro de. *Sociologia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CECCHETTO, Sergio. *Curar o cuidar: bioética em el confín de la vida humana*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

NALINI, José Renato. *Constituição e Estado democrático*. São Paulo: FDT, 1997.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- ¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17 ed. São Paulo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 315.
- ² FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direito de morrer*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 91.
- ³ Apud FREIRE DE SÁ, *op. cit.*, p. 54.
- ⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 57.
- ⁵ *Ibid.*, p. 81.
- ⁶ CECCHETTO, Sergio. *Curar o cuidar: bioética em el confín de la vida humana*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 38.
- ⁷ *Ibid.*, p. 38.
- ⁸ CECCHETTO, *op. cit.*, p. 83.
- ⁹ Apud FREIRE DE SÁ, *op. cit.*, p. 40.
- ¹⁰ FREIRE DE SÁ, *op. cit.*, p. 75.
- ¹¹ *Ibid.*, p. 81.
- ¹² *Ibid.*, p. 89.
- ¹³ *Ibid.*, p. 90.
- ¹⁴ *Ibid.*, p. 62.
- ¹⁵ *Ibid.*, p. 92.
- ¹⁶ Apud FREIRE DE SÁ, *op. cit.*, p. 76.
- ¹⁷ FREIRE DE SÁ, *op. cit.*, p. 93.
- ¹⁸ *Ibid.*, p. 98.
- ¹⁹ *Ibid.*, p.109.
- ²⁰ Art. 121, § 1º, do Código Penal.
- ²¹ Art. 122 do Código Penal.
- ²² FREIRE DE SÁ, *op. cit.*, p. 86.
- ²³ GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 68-69.
- ²⁴ *Ibid.*, p. 72.

WHY DYING?

ABSTRACT

Right to life and dignity as fundamental rights. Change in the idea of death as a consequence of the technological progress, which permitted life to be spun out artificially. Existence of irreversible situations that eliminate pleasure and meaning of life for some people. Euthanasia meaning deliberately caused death to someone suffering from an incurable disease, aimed at smoothening agony and

suffering of the sick individual. As Brazil acknowledges the paramount right to be alive, it should also, necessarily, concede the right to dignity in death.

KEYWORDS: Euthanasia. Fundamental Rights. Proportionality principle.

POURQUOI MOURRIR?

RÉSUMÉ

Droit à la vie et à la dignité en tant que droits fondamentaux. Changement dans le concept de mort en raison de l'avance de la technologie, qui a prolongé de la vie, même que par des appareils. Existence de situations cliniques irréversibles qui éliminent le plaisir et le sens de la vie à certains. L'euthanasie signifie le décès délibérément infligé à quelqu'un qui souffre d'une maladie incurable, visant à alléger l'agonie et la souffrance de l'individu malade. Au Brésil, en même temps qu'on doit reconnaître la centralité du droit de se maintenir vivant, on doit nécessairement reconnaître le droit de mourir avec dignité.

MOTS-CLÉS: Euthanasie. Droits fondamentaux. Principe de proportionnalité.

HANNAH ARENDT E O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

*Andréa Maria Alves Coelho**

Introdução. 1 Política, liberdade e dignidade em Hannah Arendt. 2 A discussão ética em Hannah Arendt. 3 Cursos de profissionais para a Justiça: algumas reflexões a respeito, sob a ótica de Hannah Arendt. 4 Formação do jurista baseada em competências. 5 Juristas entre o saber e o poder. 6 A construção do currículo do Curso de Bacharelado em Direito. Conclusão.

RESUMO

Trata o presente artigo de um estudo em que são apresentadas as idéias de Hannah Arendt e, a partir delas, são abordadas algumas propostas de renovação dos cursos jurídicos em nosso país. Em sua primeira parte, o estudo se destina a sintetizar algumas idéias da grande pensadora sobre o mundo moderno, apresentando suas considerações sobre política, liberdade e, sobretudo, ética, tendo em vista a necessária condição humana para que a humanidade possa sobreviver e crescer. Em sua segunda parte, o trabalho mostra, inicialmente, como os profissionais da justiça são particularmente responsáveis pela harmonia, paz e manutenção dos direitos entre atores sociais. Partindo do pressuposto de que a formação profissional oferecida em nossos cursos jurídicos carece de renovação, algumas propostas renovadoras, concernentes aos currículos desses cursos, são delineadas, tendo como pano de fundo as idéias levantadas por Hannah Arendt.

PALAVRAS-CHAVE: Política. Liberdade. Ética. Ensino jurídico. Competências profissionais.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende utilizar alguns pensamentos de Hannah Arendt - sobretudo de sua obra "Condição Humana" - para uma reflexão a respeito dos currículos dos cursos de Direito e do perfil profissional do jurista

* Especialista em Direito Processual Civil pela UFC/ESMEC. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e de Atividades Complementares e Seminários da Faculdade Christus. Defensora Pública Estadual.

na moderna sociedade. Basicamente se trata da concepção e da aplicação da justiça na sociedade moderna. As inovações advindas da ciência e da tecnologia dependem do sentido da política que, segundo Arendt, se consoma na liberdade plural. Para ela, a dignidade humana é fundamentalmente política e a ética daí decorrente implica em solidariedade. Assim, política, liberdade e dignidade são fatores essenciais nas relações dos seres humanos entre si. Quaisquer políticas de dominação e de violência ferem a dignidade humana e comprometem as ações (*vita activa*) das pessoas e da sociedade.

Os que militam no campo do Direito são os guardiões da justiça. Como são preparados nos nossos cursos universitários os que vão exercer tão relevante múnus? Neste texto, discutiremos inicialmente as idéias da grande pensadora; a seguir, refletiremos brevemente sobre o perfil profissional dos homens da lei e de como são preparados através dos currículos jurídicos buscando confrontar tais práticas com algumas idéias de Hannah Arendt.

1 POLÍTICA, LIBERDADE E DIGNIDADE EM HANNAH ARENDT

Sabe-se que a Filosofia sempre se preocupou com questões relativas ao bem-estar do homem e que não é possível entendermos esta básica condição humana sem o apoio último de normas éticas e/ou legais de proteção. Ao analisar-se o desenvolvimento histórico, desde a Antigüidade até à Idade Contemporânea, percebe-se que a noção de universalidade do ser humano nem sempre foi considerada nos sistemas de pensamento. Em Aristóteles (384 -322 a. C.), encontra-se um *ethos* que se fundamenta na noção de virtude (*arethé*) de alguns. Santo Agostinho (354-430 d. C.) – tão bem estudado por Hannah Arendt –, assim como os autores da Idade Média de maneira geral, também se debruça, em máximo grau, principalmente sobre a distinção entre os seres humanos, ao invés de procurar aspectos comuns aos mesmos.

Hannah Arendt tinha grande admiração por Immanuel Kant (1724-1804), de quem foi estudiosa. Cumpre ressaltar a importância das obras *Crítica da Razão Pura*, *Crítica da Razão Prática* e *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, onde foram instituídos os fundamentos teóricos decisivos para o conceito de dignidade humana. É sabido que a filosofia crítica kantiana dirige-se diretamente às possibilidades do conhecimento humano, na tentativa de responder às seguintes questões: O que posso conhecer? O que devo fazer? O que me é permitido esperar?

Em resposta à segunda questão pode-se constatar como uma consequência dos limites impostos à primeira delas, a caracterização da dignidade humana não mais como um meio para algo, mas como o objeto último de nossos princípios práticos.

Nas palavras de Kant, no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Ele afirma que quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de qualquer preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Desta forma, é atribuída à dignidade não apenas uma maneira de conseguir algo, na linha da “felicidade” aristotélica ou da “redenção” cristã, mas sim o valor de condicionante incondicionado da nossa conduta no mundo. Cumpre ressaltar, no entanto, que tal concepção de dignidade depende diretamente da teoria do conhecimento kantiana, a qual, por sua extensão e complexidade, não caberia analisar aqui. Importa mencionar, entretanto, que ela parece decorrer da separação, por tal autor instituída, entre homem/razão/conhecimento (*fenômeno*) e o que o mundo é nele mesmo (*noumenon*). Conclui-se que a possibilidade de se afirmar que o que se pode conhecer, fazer ou esperar é, em última análise, próprio da condição humana, temática fundamental para Arendt. Significa que a única responsável pela legitimação das regras práticas desse homem é a razão humana.

Pode-se afirmar então que o conceito de dignidade humana, tal como aparece em Kant, decorre diretamente da colocação da razão como princípio e fim de si mesma. Neste sentido, vale citar que a universalidade é o critério do “imperativo categórico”. No entender de Kant, se possuíssemos uma vontade perfeitamente racional, isto é, uma vontade que não fosse afetada por desejos sensíveis, a manifestação da liberdade moral apareceria para nós na forma de um querer. Porém, como nossa vontade é imperfeita, a liberdade se manifesta no imperativo, sob a forma da expressão “eu devo”.

Este autor afirma ainda que a ação deve ser encarada de tal modo que se trate a humanidade sempre como um fim em si mesmo e nunca simplesmente como um meio:

Para [Kant] o ser humano é um valor absoluto, fim em si mesmo, porque dotado de razão. A sua autonomia, porque ser racional, é a raiz da dignidade, pois é ela que faz do homem um fim em si mesmo.¹

Ao passo em que Kant ressalta o conceito de “dever moral” como constituinte fundamental de ser humano, Hegel considera o “reconhecimento” como o conceito mais básico. Hegel afirma que não é exclusivamente o fato de possuir determinadas características biológicas que confere ao homem a legitimidade quanto a esta denominação, mas, sim, o de ser reconhecido como dotado de determinadas potencialidades é que torna um indivíduo humano. Isso significa dizer que a humanidade e, dessa forma, a dignidade humana, se dá na relação com o outro, não existindo como um dado prévio e independente da história e da cultura de maneira geral. Aliás, a liberdade é, em essência, um processo em contínuo desenvolvimento na história. Daí surge a idéia de que ninguém pode ser livre isoladamente, o ‘eu’ só pode experimentar a liberdade na sua relação com o ‘outro’. É naquilo que o homem pode vir a ser, que a dignidade humana se coloca. Pode-se deduzir que a dignidade humana se fundamenta, em um primeiro momento, nesse reconhecimento da liberdade pelo outro. Em um se-

gundo momento, a dignidade humana se revela na capacidade do ser humano de se colocar à parte das circunstâncias imediatas de seu ambiente, refletindo e questionando acerca do significado e da verdade do mesmo.

Entende-se a partir daí que a auto-realização humana pressupõe não apenas a autonomia racional e a não-instrumentalização do homem, como afirma Kant, mas precisa sobretudo do reconhecimento de outros, como ensina Arendt. É justamente nesta auto-realização que se justifica a dignidade, possibilitada somente pela solidariedade ontológica entre os homens. O ser humano se constrói, dessa maneira, na relação com outros, relação esta que inclui manifestações de liberdade, moralidade e linguagem. A cultura nos transmite história, língua, tradições e princípios. Uma vez que somos assim constituídos, não existimos independentes de tal contexto, realizando-nos através do outro.

Há, portanto, duas maneiras de se focar a condição humana como um valor, de onde se deriva a noção de “dignidade”. No primeiro caso, como afirmou Kant, esta é determinada pela capacidade racional de se estabelecer diretrizes práticas baseadas unicamente na noção de “dever moral”. Já no segundo, o próprio desenvolvimento da razão baseia-se nas relações contextuais com o outro, como prega Arendt.

Expressando-o de modo mais abrangente, a dignidade humana é a atribuição de um valor ético à noção de natureza humana. Tal noção foi enfocada de inúmeras maneiras díspares ao longo da história e a origem da valoração dessa mesma dignidade enraíza-se no desenvolvimento do pensamento humano. O Iluminismo, do qual o sistema kantiano parece ser uma das manifestações mais importantes, buscou estabelecer um núcleo comum racional que caracterizaria o ser humano para além das diferenças individuais. Tal núcleo comum se manifestaria na capacidade de aprovar regras de ação universalizáveis e instituições justas, constituindo, assim, um fundamento para a ação ética.

Já em Hegel, a natureza humana é moldada pelas circunstâncias históricas e sociais. Entretanto, a concepção de um núcleo comum ao homem, que permite a valoração do mesmo como um fim na noção de ‘dignidade’, permanece na consideração de que atualizamos nossas potencialidades progressivamente na relação com o outro. Na Antiguidade clássica, a liberdade era vivenciada politicamente sem se tornar um problema filosófico. Já na Idade Média, a liberdade se torna interior, metafísica, constituindo um problema filosófico, mas não político. Arendt considera que, só posteriormente, a liberdade humana pôde ser pensada no âmbito da política. Essa concepção da natureza humana como um valor contextual, isto é, a dignidade, possibilitou a superação da visão cristã da liberdade como fundamentalmente interior, visão que, segundo Arendt, deriva da impossibilidade de a liberdade ser vivida publicamente.

A política aparece diante da concepção cristã de liberdade interna do ‘eu’, como exercício externo de poder que só pode ser entendido como fundamentalmente opressor. Daí a separação entre política e liberdade e o fenômeno da tirania. É preciso, portanto, de acordo com Arendt, que a liberdade, para

se tornar política, deixe de ser um simples “eu quero” para se tornar não o “eu devo”, absoluto kantiano, mas um “eu posso” contextual, inserido em uma determinada circunstância cultural e social:

Uma vez que a liberdade é possuída pelo cidadão e não pelo homem em geral, só pode se manifestar em comunidades, onde o relacionamento dos muitos que vivem juntos é, tanto no falar quanto no agir, regulado por um grande número de *rappports* - leis, costumes, hábitos e similares.²

Em uma época marcada pela ameaça do totalitarismo é justificada a distinção entre liberdade e política. Esta relação, para Arendt, só é possível na medida em que a segunda for uma forma de garantir a primeira. De acordo com a autora, desde Kant a liberdade começa a ser vista como uma maneira de garantir a paz interna e externa de uma nação. A autora ressalta que isso ainda reproduz uma concepção negativa da liberdade que a condiciona unicamente pela ausência de opressão. Para Arendt, isso não bastaria para ser livre, uma vez que a liberdade é pública por excelência, ela não prescinde da intersubjetividade.

Justamente por ser plural, a liberdade política, de acordo com Arendt, não pode se resumir ao autodomínio. A capacidade de inaugurar algo novo no mundo independe de se controlar inteiramente as conseqüências desse algo. Da mesma maneira, a liberdade não pode ser meramente instituição de uma soberania qualquer, posto que, como ela prescinde da relação entre os homens, só pode exercer-se para todos os seres humanos ou para nenhum.

O sentido da política é a liberdade, porque só no espaço público essa pode se constituir. Os homens realizam a liberdade pela ação, criando o improvável e o imprevisível. O aspecto central da liberdade política é a noção de que esta precisa ser tanto livre de motivos quanto de uma finalidade previsível.

Sem a revelação do agente no ato a ação perde seu caráter específico e torna-se um feito como outro qualquer. Na verdade passa a ser apenas um meio de atingir um fim, tal como a fabricação é um meio de produzir um objeto. Isto ocorre sempre que deixa de existir a convivência humana, quando as pessoas são meramente pró ou contra os outros, como ocorre, por exemplo, na guerra moderna, quando os homens entram em ação e empregam meios violentos para alcançar determinados objetivos em proveito de seu lado e contra o inimigo.³

Podemos pontuar, via Arendt, que a dignidade humana é o reconhecimento coletivo de uma herança histórica na qual o homem valora a si mesmo como ser ético. Esta imagem de si mesmo só existe, o que se constata já presente

em Hegel, na imagem que a cultura na qual o homem se insere lhe reenvia, na relação do homem com o mundo e com os outros sujeitos.

Desta forma, a dignidade humana é fundamentalmente política, sendo o sentido desta última a liberdade, direcionada pela ação autônoma que foi discutida anteriormente. A noção de ‘dignidade humana’ constitui-se em uma realidade múltipla, cuja compreensão prescinde das supressões máximas da liberdade política no século XX, das quais o nazismo foi talvez a máxima expressão. Tal experiência, banalizando qualquer valoração ética humana, conduziu necessariamente ao questionamento da noção de ‘dignidade’.

Hannah Arendt procurou traçar as condições fundamentais onde a vida se torna possível para o ser humano. Em sua teoria política, na obra *A condição humana*, Arendt separa o campo da filosofia política da própria atividade política. Tal separação pressupõe uma outra mais fundamental, a saber: a separação entre *vida contemplativa* e *vita activa*. Assim, Arendt estabelece uma relação entre mal e ausência de pensamento, de onde derivam os preceitos básicos de sua ética.

No entender da autora, a filosofia política teria privado de dignidade o assunto dos homens. Sua preocupação é em criticar a concepção política originada no platonismo, buscando um pluralismo democrático político. Ela reconstruiu seletivamente as manifestações primordiais na *polis* grega que conduziu até a redescoberta da política na modernidade. Ela procurou pensar a história como um confronto expresso pelo desejo de liberdade e de ação política visando fundar um espaço público que pudesse acolhê-la.

A reinvenção da democracia evocaria a origem do político em sua manifestação primordial, que conjuga liberdade, poder, igualdade e ação conjunta. Quebra-se o tempo contínuo pela repetição da essência perdida do político e o que se repete nesses momentos é justamente a dignidade humana: a experiência básica da condição humana na pluralidade do mundo. As revoluções modernas seriam o esforço por reconquistar o vínculo fundamental entre ação e política:

O que as revoluções tornaram evidente foi essa experiência de ser livre, que era uma experiência nova; não, certamente, na história da humanidade ocidental – pois foi bastante comum na Antigüidade grega e romana – mas em relação aos séculos que separam a queda do Império Romano do início da Idade Moderna.⁴

Essa revisão da origem da política rompe com a concepção, segundo a qual, política seria fundamentalmente a dominação do homem pelo homem, isto é, um mal necessário. Entretanto, os agentes políticos não reconheceram na revolução esse aspecto de aparição da liberdade pública na modernidade e foi justamente esse vínculo que Arendt procurou recuperar em suas interpretações.

Ao frisarmos estas considerações sobre política, liberdade e dignidade, o ponto de vista da filosofia de Arendt obriga a um retorno às bases de tudo: a ética das relações humanas. A ética é sempre relacional e a política, necessariamente, o é também. Mas a ética se reforça obrigatoriamente com dois referenciais: o bem, que se opõe ao mal e o certo, que se opõe ao errado. Não se poderia entender qualquer espécie de política não ética, ou seja, que não se pautasse por princípios éticos. As políticas da dominação e da violência não respeitam as liberdades e a dignidade do ser humano, portanto excluem a ética.

Na busca da caracterização da condição humana, Hannah Arendt valorizou seguidamente a liberdade e a justiça como essenciais a uma concepção de política da não dominação e da não violência. Nada mais oportuno, então, para complementar esta trajetória em torno do seu pensamento político, do que aprofundar suas idéias em torno do binômio condição humana *versus* sistema ético.

2 A DISCUSSÃO ÉTICA EM HANNAH ARENDT

Os conceitos de política, liberdade, poder, violência, ação e totalitarismo são motivos centrais do pensamento de Hannah Arendt; igualmente relevante é o entendimento das diferenças entre eles naquilo que a pensadora designa de *vita activa*. Quanto à *vita contemplativa*, é em *Condição Humana* que a filósofa ensaia um manual completo de regras para o presente e o futuro, tanto para o indivíduo como para as nações politicamente estruturadas.

No tocante à condição humana, Hannah Arendt coloca em xeque questões pertinentes à ética e à moral: deve-se valorar o homem de acordo com aquilo mesmo que ele compreende e constrói em diversos sistemas sociais. Ora, o ser humano não pode ser analisado sem um sistema de valores. Entretanto, esses valores não podem ser vistos, não são palpáveis, isto é, não são empiricamente encontrados. Alguns exemplos do significado que permeia um valor podem ser expressos nos fundamentos motores do agir humano, dando à dinâmica desse agir uma valoração de tal monta que, diante do homem perdedor de seus valores, vê-se um homem que também perde a razão de seus atos, chegando, assim, a perder o sentido da própria condição humana.

Se os valores entendidos como morais ou éticos se perdessem, também inexistiria o interesse por determinado ato ou por uma seqüência de atitudes. Ora, se os valores fundamentam o agir, que pela exteriorização das potencialidades realiza o ser, constitui-se a deontologia como uma orientação ética possível, a realização desse ser – uma vez que os valores são um dos fundamentos da condição humana. São eles que fazem com que o homem decida o sentido dado à palavra *homem*, de onde deriva sua condição frente à sociedade e ao todo.

Como ensina Kant, o aprimoramento do comportamento ético passa pelo processo de construção de uma consciência individual e coletiva, pelo compromisso social, configurado pela responsabilidade do plano das relações de trabalho com reflexos nos campos técnico, científico e político.

Numa perspectiva ético-filosófica, a análise e a prática de questões morais, deontológicas e éticas pode ser extremamente útil, direcionando a ação criadora, produzindo modelos e regras para o homem enquanto ente coletivo. Tais modelos diferenciam-se de acordo com a conjuntura religiosa, política e social de uma dada sociedade. Entre tais modelos éticos se pode citar o *tradicional*; o *legitimador*, o *renovado*; o *idealizante*; o *social*; o *problematizador*; e o *estético*.

O modelo tradicional se apresenta como legalista, normativo e objetivo, levando a ética a definir-se como “o conjunto de normas que regem os atos humanos”. Apresenta-se como teocêntrico e religioso, constituindo o centro das conceituações do certo e do errado; do bem e do mal, concepção esta simbolizada na figura de Deus. Neste modelo, o certo e o errado, o bem e o mal passam a ser, respectivamente, o que está conforme ou em desacordo com a lei ou com a vontade divina.

Aquilo que não passa de simples constatação de práticas consolidadas constitui um modelo legitimador, transformado por sua vez em norma moral. Dessa constatação se passa, empiricamente, a uma prescrição de normas morais idênticas às atitudes constatadas; assim é valorizado, sob o ponto de vista moral, aquilo que está sendo praticado. Já no modelo compreendido como renovado, a grande preocupação passa a ser com a pessoa, com o indivíduo singular, visando, desse modo, suas potencialidades, seu bem-estar, sua realização existencial. No que diz respeito ao modelo idealizante, apresenta-se um mundo de princípios idealistas, nem sempre exequíveis, formulados de maneira geral e abstrata (a ética do herói ou do heroísmo, que se apresenta de difícil conservação prática). É nesta modalidade que se situam as normas dos Códigos de Ética, incluindo-se aí “bons princípios”, tais como honestidade mundial, luta pela qualidade de vida para todos, entre outros.

Por fim, há o modelo estético, que se afirma a partir de um compartilhamento entre ética e estética, em que se busca recuperar os valores humanos, do vivido e do cotidiano. São aqueles valores perdidos pelo *homem racional* que, ao privilegiar a razão, transforma-se no *homem econômico*, obcecado pela posse material, pela técnica, pela normatização. Busca trazer à reflexão e vivência do homem, a sensibilidade, a emoção, a estética, preservando, desse modo, a autonomia e conduzindo à felicidade, nos termos em que cada pessoa ou grupo social a imagine.

Hannah Arendt busca, ao longo de sua obra, restabelecer a dignidade do político; pode-se mesmo afirmar que a pensadora parece caminhar na contramão das correntes contemporâneas a ela, pois que tais correntes apresentam uma severa crítica à racionalidade moderna e às formas de ação política. O homem, para Hannah Arendt, ainda é o sujeito e o paciente da ação, sendo, desse modo, responsável pelo que faz. Mais uma vez, parece que nos deparamos com a moral kantiana, onde a autora se volta ao homem como a “pessoa” racional, que é um fim em si mesmo; de onde a valoração das coisas não passa por um uso indiscriminado da vontade, mas perpassa, na verdade, pelas próprias ações humanas, que também devem ser consideradas como fins nelas mesmas.

Assim, pode-se asseverar que a ação se relaciona intimamente com a imprevisibilidade. Todavia, deve-se ressaltar que essa ação é, para Hannah Arendt, ainda uma ação humana. Bem como, os atos e os discursos, mesmo quando visam objetivos materiais e concretos, acabam por revelar, na própria ação e no próprio discurso, o sujeito e sua singularidade. O homem, desse modo, não é tão somente o resultado de uma racionalidade histórica, mas, antes de qualquer coisa, é aquele que, já ao nascer, traz consigo o imprevisível. Não sendo, assim, autor nem da história dos homens, nem de sua própria história. O que de fato ocorre é que a história é um amontoado de casos isolados, os quais são, isto sim, resultados da ação de agentes indeterminados. Hannah Arendt, ao fazer de toda ação política discurso e ato, de certo modo acaba por revigorar as possibilidades que permeiam a ação discursiva.

Diante de uma defesa da política e de uma revalorização da ação humana, deparamos com um humanismo característico no pensamento de Hannah Arendt. Cabe ressaltar que este humanismo não tem nada a ver com o humanismo entendido como cristão ou renascentista, mas, na verdade, com a valoração do homem como ser privilegiado por ser capacitado para ação. Assim, a política, por compreender ações como a discursiva, é uma atividade humana por excelência, sendo considerada a mais nobre.

Valorizando a política, Hannah Arendt valoriza o homem e o mundo como produções humanas. Se a política perdeu espaço e importância foi porque o homem também perdeu seu lugar. O homem, desse modo, é aquele que reconhece sua dignidade e seu valor. Daí deriva o humanismo arendtiano, uma retomada ao pensamento clássico, com aspectos renascentistas, onde a liberdade é o maior bem moral a que se pode aspirar.⁵ Esta liberdade, mais uma vez retomando Kant, está pautada na consciência individual.

É a condição humana que envolve as capacidades e as atividades do homem, mas essas atividades nunca são condicionadas de modo absoluto. Cabe ao homem questionar-se de forma integral, a tal ponto que encontre um princípio maior capaz de reconhecer-se em seu sentido singular e plural como inserido nesta condição. Talvez, o que Arendt realmente deseje seja uma nova ética, ou uma retomada dos princípios mais fundamentais e/ou básicos, capazes de fazer com que o homem realmente se reconheça e reconheça ao outro como tal.

3 CURSOS DE PROFISSIONAIS PARA A JUSTIÇA: ALGUMAS REFLEXÕES A RESPEITO, SOB A ÓTICA DE HANNAH ARENDT

As últimas palavras acima, em que Hannah Arendt conclui pelo predomínio da ética para a verdadeira inserção do homem em sua condição, constituem uma síntese do seu pensamento e se aplicam plenamente na análise que ora encetamos sobre os Cursos de Direito e sobre a formação do advogado. Dentro do pensamento da grande autora, caberia propor a seguinte questão:

os que trabalham fazendo e interpretando justiça estão cientes da necessidade de uma *nova ética*?

Faz-se necessário que a formação dos profissionais das áreas de Direito seja objeto de problematização, visando a construir profissionais qualificados e comprometidos com o predomínio da justiça. Tão importante quanto isto, profissionais com uma visão holística da pessoa humana, entendendo seu cliente como um ser integral, distanciando-se de uma prática que costuma fragmentar o sujeito e a sociedade.

Neste sentido, a formação acadêmica tem singular importância, pelas exigências de uma formação específica e, conseqüentemente, a adequada qualificação do advogado torna-se, também, objeto de reflexão, posto que estes terão grande influência na qualidade da justiça e da dignidade da pessoa humana, nos termos elevados em que Arendt as coloca, secundando os paradigmas kantianos.

4 FORMAÇÃO DO BACHAREL BASEADA EM COMPETÊNCIAS

As competências do bacharel (ver a palavra “competir”, “ser competente”) referem-se, ao conjunto de conhecimentos, habilidades, atitudes, valores, tanto em termos de seus aspectos inatos (vocação, aptidões), quanto das aquisi es hauridas em sua forma o profissional e, nesse sentido, passa necessariamente por um enfoque global da a o e do trabalho.⁶ Tudo isso que deverá refletir-se numa proposta curricular e na dinâmica didática dos cursos universitários. O conjunto das competências constitui o perfil profissional que pode ter uma dimensão real e uma dimensão ideal. Qual o perfil personal stico do bacharel hodierno para atender às condi oes humanas atuais, partindo dos pressupostos filosóficos propostos por Hannah Arendt?

Para efeito de análise prática, um delineamento fenomenológico sobre a personalidade em geral abrange quatro áreas.⁷ As formas de competência do profissional do Direito podem e devem associar-se a cada uma das quatro grandes áreas personal ticas:

Campo da Cogni o

A competência cognitiva do bacharel refere-se ao conhecimento possuído pelo mesmo. Tal conhecimento inclui não apenas a matéria por ele estudada, como também sua cultura geral e seus conhecimentos profissionais. Este tipo de competência envolve o raciocínio lógico, a capacidade de analisar e sintetizar conteúdos, de formular esquemas organizadores da matéria e de domínio do conteúdo curricular. Um corpo de conhecimentos teóricos que levasse em conta os ensinamentos de Hannah Arendt seria rico em política, filosofia e ciências sociais com grande ênfase na deontologia.

Campo das Emo es

A competência emocional dos homens da justiça refere-se à capacidade de envolver as pessoas por meio de seu carisma, sem abuso de poder ou

dominação. Essa é a competência da simpatia, da capacidade de transformar questões aparentemente despropositadas em pontos de entendimento e parceria, abrindo espaço para o diálogo e tornando os ambientes sociais propícios aos debates e às negociações. Segundo o ideal de Arendt, a simpatia (sentir junto) se fundamentaria no amor e no profundo respeito ao ser humano, não obstante quaisquer tipos de diferenças.

Campo da Ética

A competência moral refere-se à capacidade do bacharel de exercer seu mister em prol da justiça, isto é, de seguir e valorizar as leis e os princípios que as fundamentam. Este tipo de competência traduz a capacidade de manter compromissos, respeitar as pessoas e os pactos sociais, agir coerentemente com seus princípios, mantendo uma postura socialmente voltada para o cultivo da liberdade e de valores políticos onde o respeito ao ser humano seja radicalmente considerado um bem inalienável.

Campo das Ações Psicomotoras

A competência psicomotora refere-se ao preparo do profissional em termos de destrezas e habilidades. No que se refere ao Direito, ela parece ser a de menor importância, mas é tão indispensável às outras classes de competências. Constitui a habilidade de comunicação, que envolve saber ouvir e falar, saber esperar e dominar com perfeição o discurso da harmonização entre grupos e pessoas.

A filosofia das competências mostra que os profissionais do direito devem vivenciar em si e atender nas outras pessoas os quatro grandes domínios personalísticos: mente, coração, vontade e ação.

5 JURISTAS ENTRE O SABER E O PODER

Dentro do âmbito das reflexões sobre a formação do bacharel no Brasil, é preciso, primeiramente, considerar o estrangulamento causado na política educacional do país pela pouca valorização dada ao ensino universitário tanto em termos pedagógicos, como em termos de recursos financeiros. Não basta a Universidade pensar e encontrar respostas técnico-pedagógicas à questão da formação do advogado. De acordo com afirmação de Freitas e Silveira, é necessário que os reitores e diretores universitários, assim como autoridades educacionais, encontrem caminhos para a superação do atual estrangulamento, sob pena de permanecer o inquietante quadro ora existente nos nossos cursos de graduação em Direito.⁸

Muitas são as dificuldades para a formação desse profissional do Direito, vez que o modelo pedagógico adotado no Brasil, por décadas, foi o de conteúdos fechados sobre uma mesma área de interesse. É altamente desejável uma perspectiva de currículo multidisciplinar, interdisciplinar e transdisciplinar. A multidisciplinaridade, juntamente com a inter e a transdisciplinaridade, aproxima as ciências, tornando seus limites tênues e articulados – uma troca justa,

contextual e compreensiva. Certamente, a visão ampla e esclarecida de filosofia e ciência, esposada por Hannah Arendt, referendaria tal proposição.

Segundo Mazzeu, a transdisciplinaridade lida com o saber como um todo, capaz de integrar uma rede de sistemas lógicos, permitindo a passagem de um campo de saber para outro. Transdisciplinar significa, portanto, permitir a transcendência do currículo, ou seja, desenvolver a capacidade de integrar à realidade tudo que se aprendeu.⁹

A interdisciplinaridade, por sua vez, compreende a integração de conhecimentos através de relações de interdependência. Nessa nova perspectiva pedagógica, as disciplinas devem se integrar com as demais, de modo a se poder perceber como cada uma delas poderá ser aproveitada durante o curso e posteriormente nas atividades profissionais. O acesso ao pensamento científico não é possível sem o exercício efetivo do pensamento da redescoberta, o que equivale às técnicas próprias da pesquisa científica. Assimilar os “produtos finais” sem, compreensão dos seus fenômenos e desenvolvimento dos seus processos pode levar a atitudes radicalmente opostas: passividade e dogmatismo.

As inovações curriculares aqui propostas têm tudo a ver com as idéias defendidas por Hannah Arendt. Certamente, as áreas de concentração norteadoras em um curso de Direito, usando a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade, deveriam passar pelo conceito de Nova Ética defendido pela grande pensadora.

6 A CONSTRUÇÃO DO CURRÍCULO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

O currículo é uma espécie de sistematizador dos conhecimentos educacionais a serem veiculados pela escola, se inserindo numa visão conservadora de ensino. A cultura tradicional o põe como a organização lógica dos conteúdos a serem trabalhados na relação dialética do ensino-aprendizagem. No caso de uma nova visão dos currículos dos cursos de Direito, importa enfatizar que o elemento essencial é uma nova concepção da formação dos profissionais responsáveis pela justiça em nosso país. A insatisfação popular com governos e lideranças já se estendeu à estrutura do nosso sistema judiciário, sendo que até os tribunais superiores são questionados, não só em termos de transparência de seus julgados, mas até mesmo na aplicação da justiça, em que são negativamente avaliados em inúmeros casos.

Partindo dos ideais de política, justiça, liberdade e ética, propostos por Hannah Arendt, algumas reflexões sobre renovação dos nossos currículos na área do Direito são aqui desenvolvidas.

Segundo Young, um retrospecto histórico da concepção de currículo mostra que um currículo muitas vezes pode se encontrar “congelado”, preso numa linha filosófica que não necessariamente é a melhor, apenas é a tradicional. É

urgente a necessidade de se repensar o papel do currículo na formação do universitário das áreas legais. E muitos são os aspectos que precisam ser analisados para a compreensão em totalidade de tal questão.

A preparação do profissional de Direito deve ser construída a partir de vários elementos: econômicos, mercadológicos, sociais, culturais, históricos, pedagógicos, instrumentais, filosóficos, ideológicos, etc. Indaga-se acerca de quais saberes essenciais para a formação do profissional que a universidade objetiva formar. O que precisa um advogado, um promotor de justiça, ou um juiz saber?

As matérias escolhidas para a formação do bacharel devem ser repensadas em função das exigências em constante evolução da sociedade moderna. Em seguida, serão interrelacionadas e, necessariamente, precisarão se complementar atendendo na sua totalidade o perfil do profissional da justiça, que é também cidadão e se supõe um elemento transformador da sociedade.

O currículo deve também ser alvo de constante avaliação e revisão, de modo a ser uma construção racional útil que abarque as novas descobertas científicas e as novas exigências da sociedade, de acordo com a condição humana possível e desejável em determinado momento histórico. A instrumentalização do ensino é uma realidade mundial, que não pode ser dissociada de seus aspectos políticos, econômicos e ideológicos característicos das sociedades ocidentais na contemporaneidade.

O que os futuros profissionais de Direito precisam conhecer para se tornarem bons profissionais dentro da realidade brasileira? Esta é a indagação num contexto amplo, dentro de uma abordagem sócio-cultural. Ao se tentar responder a esta questão, as abordagens na construção de um currículo possível são inúmeras.

Muitos são os aspectos que constituem o arcabouço ideológico, o ideário que gira em torno de uma estruturação curricular, e que muitas vezes aparecem embutidos, disfarçados, ainda que influentes. Não há como dissociar educação e profissionalização do contexto político, social, histórico, econômico e mercadológico dentro do qual esta ocorre. Muitos são os elementos que a fundamentam: filosófico, psicológico, sociológico, epistemológico, didático-pedagógico, mercadológico/ econômico.

CONCLUSÃO

A Epistemologia, enquanto teoria do conhecimento, delimita diretrizes de estruturação filosófico-científica para a construção e a renovação de currículos universitários. Na atual sociedade o paradigma científico é o reinante e, como tal, o currículo também deve ser estruturado por ele para ter sua validade aceita. Não obstante, Hannah Arendt chama atenção para o endeusamento da ciência e da tecnologia, mostrando como o século XX usou os instrumentos por

elas engendrados, mais para a destruição do que para a construção, sendo que a grande judia experimentou de perto os horrores da ciência e da tecnologia largamente utilizados na conflagração mundial de 1939/1945.

A estruturação curricular deve saber distinguir entre o essencial e o acidental, entre o relevante e o irrelevante, sabendo transitar entre a instrumentalização, o tradicional e o renovador, evitando a fragmentação, sem, contudo, cair num academicismo dogmático.

De acordo com o pensamento de Hannah Arendt, a formação de competências no campo da ética seria o embasamento fundamental de todo o currículo. A ética, ainda que muitas vezes seja relegada a segundo plano no mundo contemporâneo, é um fator essencial na construção de qualquer profissional competente. A ética deve perpassar todos os conteúdos curriculares, de forma transversal. Ela garante o profissionalismo e a dignidade do profissional que a universidade se dispõe a formar, aquele que realizará um bom trabalho e um correto e competente exercício de suas funções.

A excelência de um currículo se revela na medida em que o mesmo seja reflexo das demandas que a sociedade impõe a seus profissionais. O pensamento de Hannah Arendt, que norteou o presente estudo, mostra quais são estas necessidades para que se estruture a verdadeira condição humana que torne a sociedade viável e com melhor qualidade de vida para todos. Será que nossas lideranças universitárias saberão aplicar tais idéias na renovação dos currículos de nossos cursos de Direito?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDRT, H. *A vida do espírito, o pensar, o querer, o julgar*. Trad.: A. Abrandes, C. A. Almeida e H. Martins. Rio de Janeiro: Relute Doara, 1991.

———. *A Condição Humana*. Trad. de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

———. *Sobre a violência*. Trad. de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

CANDAU, Vera Maria (Org.) *Magistério e currículo: construção cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 1998.

DUARTE, André. *Pensamento à sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

EVANS, P. *Motivos pessoais e sociais*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

FREITAS, I.M.A.C. e SILVEIRA, A. *Avaliação da educação superior*. Florianópolis: Insular, 1997.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Edições 70, 1991.

MAZZEU, F.J.C. *Uma proposta metodológica para a formação continuada de professores na perspectiva histórico-social*. Cadernos CEDES, São Paulo: Cortez, n.44, p.59-72, 1998.

PERRENOUD, P. PERRENOUD, PAQUAY, ALTEL e CHARLIER (org). *Formando professores profissionais: quais estratégias? Quais competências?* Porto Alegre: Artmed, 2001.

ROQUE, C. "A dignidade da pessoa humana" in *Poderes e limites da genética*. Actas do IV Seminário do CNECV, Presidência do Conselho de Ministros, 1998.

YOUNG, Michael. *Currículo e democracia: lições de uma crítica a 'nova sociologia da educação'*. In: Educação e realidade. Porto Alegre: 1989.

¹ROQUE, C. "A dignidade da pessoa humana" in *Poderes e limites da genética*. Actas do IV Seminário do CNECV, Presidência do Conselho de Ministros, 1998, p. 33.

²ARENDT, H. *A vida do espírito, o pensar, o querer, o julgar*. Trad. A. Abrantes, C. A. Almeida e H. Martins. Rio de Janeiro: Relume-Dumara, 1991, p. 336.

³ARENDT, H. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 192-193.

⁴ARENDT, H. *Sobre a violência*. Trad. de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 33-34.

⁵Para melhor análise, cf. DUARTE, André. *Pensamento à sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

⁶PERRENOUD, P, ALTEL e CHARLIER (org). *Formando professores profissionais: quais estratégias? Quais competências?* Porto Alegre: Artmed, 2001, p. 101.

⁷Para detalhes, cf. EVANS, P. *Motivos pessoais e sociais*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

⁸FREITAS, I.M.A.C. e SILVEIRA, A. *Avaliação da educação superior*. Florianópolis: Insular, 1997, p. 95.

⁹MAZZEU, F.J.C. *Uma proposta metodológica para a formação continuada de professores na perspectiva histórico-social*. Cadernos CEDES, São Paulo: Cortez, n. 44, 1998, p. 60-61.

HANNAH ARENDT AND LAW COURSES IN BRAZIL

ABSTRACT

It deals with the present article a study where the ideas of Hannah Arendt are presented and, to leave of them, some proposals of renewal of the legal courses in our country are boarded. In its first part, the study if it consecrates to synthetize some ideas of the great thinker on the modern world, presenting its considerations on politics, freedom and, over all, ethics, in view of the necessary condition human being so that

the humanity can survive and grow. In its second part, the work shows, initially, as the professionals of justice are particularly responsible for the harmony, peace and maintenance of the rights between social people and actors. Leaving of the estimated one of that the offered professional formation in our legal courses lacks of renewal, concernent proposals to the resumes of these courses, are delineated, having as deep cloth of the ideas raised for Hannah Arendt.

KEYWORDS: Professional politics. Freedom. Ethics. Law teaching. Professional abilities.

HANNAH ARENDT ET L'ENSEIGNEMENT JURIDIQUE AU BRÉSIL

RÉSUMÉ

Il s'agit ici d'un exposé sur quelques idées de Hannah Arendt et, d'après elles, il est question d'aborder quelques propositions de renouvellement des cours juridiques au Brésil. Dans une première partie, l'étude se consacre à synthétiser certaines idées de la grande sage sur le monde moderne, en présentant ses considérations sur la politique, la liberté et, surtout, sur l'éthique, en vue de une nécessaire condition humaine pour qui l'humanité puisse survivre et se développer. Dans une seconde partie, cet article démontre, d'abord, comment les professionnels de la justice sont particulièrement responsables de l'harmonie, de la paix et de la manutention des droits entre les individus et les acteurs sociaux. Supposant que la formation professionnelle, bornée par nos cours juridiques, manque de renouvellement, quelques propositions rénovatrices, liées aux cadres de ces cours, sont délinées ayant pour fond les idées soulevées par Hannah Arendt.

MOTS-CLÉS: Politique. Liberté. Éthique. Enseignement juridique. Compétences professionnelles.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 146 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ

*Carlos Augusto Medeiros de Andrade**

1 Introdução. 2 Defensoria Pública. 2.1 Noção. 2.2 Importância da instituição. 2.3 Defensoria Pública no Estado do Ceará. 2.3.1 Apresentação. 3 Controle de Constitucionalidade por Omissão. 3.1 Considerações. 3.2 Da previsão do parágrafo único do artigo 146 da Constituição do Estado do Ceará e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. 4 Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

Abordagem acerca da importância da Defensoria Pública, do que esta representa para a sociedade, com sua previsão na Constituição Federal e na Constituição do Estado do Ceará, inclusive com a obrigação de se ter Defensor Público em cada comarca.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública. Assistência Jurídica. Constituição Federal. Constituição do Estado do Ceará. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivos apresentar a Instituição Defensoria Pública em um aspecto geral, discutindo sua importância e, particularmente, no Estado do Ceará, com histórico correspondente e dados, além de outros verificados, relativos à quantidade de Defensores. Além disso, este artigo tem como escopo analisar o instituto do controle de constitucionalidade por omissão, com o intuito de justificar o cabimento de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão ao parágrafo único do artigo 146 da Constituição do Estado do Ceará.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil pela UFC. Defensor Público de entrância especial do Estado do Ceará. Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus. Professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

2 DEFENSORIA PÚBLICA

2.1 Noção

Inicia-se a análise da instituição em epígrafe, pelo que determina o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Primeiro cumpre tratar do que representa *assistência jurídica integral e gratuita*, para, após, referir-se a uma das instituições que tem a incumbência de prestá-la.

Para entender-se o que quer dizer assistência jurídica faz-se necessário distingui-la de *assistência judiciária* e esta no dizer de Augusto Marcacini:

é, pois, um serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, convenientes ou não com o Poder Público.¹

Quer dizer que a assistência judiciária prescinde de um processo protocolado no Poder Judiciário para ser prestada. Quanto à assistência jurídica, diz o mesmo autor que:

engloba a assistência judiciária, sendo ainda mais ampla que esta, por envolver também serviços jurídicos não-relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda a comunidade.²

Daí, não haver necessidade de um processo em trâmite no âmbito judicial para se verificar a assistência jurídica, pois uma simples consulta, a respeito da análise de um contrato, por exemplo, representa uma efetivação da mesma.

Sobre o assunto, ou seja, a diferença entre assistência jurídica e judiciária, tem-se o entendimento de Ruy Pereira Barbosa:

3.2. ‘...assistência jurídica integral e gratuita...’

‘Assistência Jurídica’ significa não só a ‘assistência judiciária’ que consiste em atos de estar em juízo de onde vem a justiça gratuita, mas também a pré-judiciária e a extrajudicial ou extrajudiciária.

A pretensão da Carta é ampla, não se concentra nos atos do processo, da demanda, do litígio, etc.

‘Assistência Jurídica’ compreende o universo, isto é, o gênero, da qual é parte a ‘assistência judiciária’, eis que nem toda ‘assistência jurídica’ é, necessariamente, ‘assistência judiciária’, vez que aquela pode se dar fora do juízo e esta sempre é em juízo.

A partir da Constituição de 1988, os carentes, no sentido jurídico do termo, fazem jus à dispensa de pagamento e à prestação de serviços, não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Na franquia estão também incluídos: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, isto é, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos, tanto para indivíduos, como para coletividade.

Coletividade é aplicado aqui, para distinguir o grupo de pessoas consideradas em determinadas situações, notadamente como integrantes de uma associação ou como habitantes ou residentes de determinada região. Entende-se como entes coletivos as fundações, associações, clubes de serviço, etc.³

Vale salientar ainda que o significado do termo “gratuidade” é que quando se procura um órgão que presta assistência jurídica integral e gratuita, não se paga nada pela prestação do serviço, sequer uma xerocópia de qualquer documento. Entretanto, lembra-se que o pagamento não é efetuado de forma “direta”, mas sim “indiretamente”, da arrecadação dos tributos do Estado que são auferidos pelo Tesouro Estadual e são destinados aos seus órgãos de atuação, como a Defensoria Pública-Geral.

Bem, visto o instituto da assistência jurídica integral e gratuita, passa-se então ao estudo de quem pode prestar tal serviço, que é a instituição prevista pela primeira vez em uma Carta Constitucional brasileira, na de 1988, a Defensoria Pública é regulada a partir do art. 134, da Seção III – “Da Advocacia e da Defensoria Pública”, do Capítulo IV – “DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA”, que, por sua vez, faz parte do Título IV – “DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES”, valendo a transcrição integral do artigo acima aludido:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º., LXXIV. Parágrafo único. Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

E ainda do art. 135. “Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remuneradas na forma do art. 39, § 4º”, ou seja, por subsídio.

A Lei Complementar que se refere o parágrafo único do artigo 134 é a de n. 80, promulgada aos 12 de janeiro de 1994, valendo destacar, para fins do presente artigo, o seu art. 4º, que trata das funções institucionais da Defensoria Pública:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;

II – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;

III – patrocinar ação civil;

IV – patrocinar defesa em ação penal;

V – patrocinar defesa em ação civil e reconvir;

VI – atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;

VII – exercer a defesa da criança e do adolescente;

VIII – atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

IX – assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meio a ela inerentes;

X – atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas;

XI – patrocinar os direitos e interesses do consumidor necessitado lesado;

XII – (VETADO)

XIII - (VETADO)

§ 1º (VETADO)

§ 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

§ 3º (VETADO).

Logo se nota a importância da Instituição em garantir realmente os direitos das pessoas. Aliás, este assunto requer um estudo mais aprofundado, como se faz a seguir.

2.2 Importância da instituição

Procurou-se demonstrar no tópico anterior, o que representava a Defensoria Pública em si, com as primeiras noções acerca da mesma. Nesta parte do

trabalho, o objetivo é ressaltar a importância da instituição em estudo para o Estado, ou, em sentido contrário, os problemas causados pela sua ausência.

A Defensoria Pública, função essencial à justiça que é, proporciona a plena realização da justiça social pelo Estado. Ou seja, garante que qualquer pessoa possa ter um digno acesso aos mecanismos que poderão garantir seus direitos, o que lembra a noção de democracia, embora haja a crítica do professor Cláudio Pereira de Souza Neto:

As democracias contemporâneas se caracterizariam, na realidade, pelo desinteresse generalizado pela política; pela grande influência do poder econômico sobre os processos eleitorais; pela manipulação da opinião pública pelos meios de comunicação; corrupção generalizada dos governos; pela ausência de fidelidade dos governantes aos princípios de seus partidos e às propostas de campanha etc. Diversas são as vertentes do pensamento político que elaboram críticas como estas; desde os realistas – que sublinham o caráter elitista da democracia contemporânea -, até marxistas, passando por liberais igualitários.⁴

A existência real, ou seja, o pleno funcionamento da Instituição em apreço, representa a garantia de acesso à justiça consolidada no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal brasileira, já mencionado e que, nos tempos hodiernos, está comprometido pela falta de profissionais para atuar, tendo em vista, dentre outros fatores, a realização de concursos públicos de maneira esporádica (na Defensoria Pública da União só houve um concurso público e na Defensoria Pública do Estado do Ceará, apenas cinco, considerando-se três concursos promovidos quando a Instituição Defensoria Pública ainda era meramente uma Coordenadoria de Assistência Judiciária do Estado, ligada à então Secretaria de Justiça do Estado do Ceará – vide tópico 2.3.1.). E isto remete ao problema também da morosidade do Poder Judiciário, crítica tão atual e contundente, haja vista que, como a maioria da população não tem condições financeiras para pagar um advogado particular e/ou despesas oriundas de um processo judicial, procura a assistência jurídica gratuita, proporcionada pela Defensoria Pública. Contudo, a insuficiência de profissionais é uma realidade e assim muitos processos ficam estagnados porque não há um Defensor Público para, sequer apresentar uma “Defesa Prévia” em processo criminal.

Essa deficiência ao que alguns chamam equivocadamente de “Acesso ao Judiciário”, pois deveriam ter mencionado “acesso à justiça”, é apontada por Guillermo O’Donnell, como se vê:

Na maior parte da América Latina, o Judiciário (exceto quando executa procedimentos criminais que costumam descuidar dos

direitos dos acusados antes, durante e depois do julgamento) é distante, embaraçoso, caro e lento demais para que os desprivilegiados tentem até mesmo ter acesso a ele. E quando eles conseguem ter acesso à justiça, as evidências, como seria previsível, apontam para várias discriminações.⁵

Assim sendo, a garantia da efetivação dos direitos civis fica comprometida, já que mecanismos como o devido acesso à justiça é falho, ineficiente, quase inoperante e nisto o autor retromencionado também faz referência como segue, em que a discussão passa pelo próprio “Estado de Direito”:

Em sociedades que são profundamente desiguais, essas tendências podem muito bem reforçar a exclusão de muitos do Estado de Direito, ao mesmo tempo que exageram as vantagens de que os privilegiados desfrutam, por meio de leis e tribunais aprimorados no interesse direto deles. Em contraste, a justificação substantiva do Estado de Direito que proponho aqui conduz diretamente à questão de como ela se aplica, ou não, a todos os indivíduos, incluindo-se aqueles que têm pouco efeito direto sobre o investimento privado.

Cabem agora dois comentários. Um, empírico e já feito, é que, embora haja variações de caso a caso das quais não posso tratar aqui, muitas novas poliarquias, na América Latina e em outras regiões, exibem numerosos pontos de ruptura nos circuitos legais que delineei. Uma vez que isso seja verdade, temos de supor que nesses casos o Estado de Direito tem, se tanto, existência apenas intermitente e parcial. Ademais, essa observação no nível do Estado legal é a imagem espelhada de numerosas violações da lei no nível social, as quais, como argumentei em outro lugar, correspondem a uma cidadania truncada ou de baixa intensidade. (74) Nos países que nos preocupam, muitos indivíduos são cidadãos no que diz respeito a seus direitos políticos, mas não em termos de seus direitos civis.⁶

E as assertivas anteriores também lembram, ou melhor, redundam, noutro assunto que também vale ser debatido que é o da exclusão social, em que já que não é proporcionado o profissional habilitado para garantir o devido acesso das pessoas a seus direitos civis e/ou políticos, ou seja, o Defensor Público. Então se tem novamente a opinião de Cláudio Pereira de Souza Neto, em que cita o professor Friedrich Müller:

Sobre o povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, a exclusão social atua no sentido de tornar inefetiva a fruição dos direitos humanos pela totalidade da população.

É comum, em países marcados pela exclusão social, o desrespeito constante a direitos como, p. ex., a inviolabilidade do domicílio, a liberdade de locomoção, a integridade física e moral, a igualdade perante a lei etc., sem falar na evidente ausência de políticas públicas tendentes à promoção dos próprios direitos sociais.

(...)

Nessa linha, o autor propõe uma ampliação do conceito de “exclusão social”: este passa a dizer respeito não só “à pobreza ou marginalização, mas à conhecida e fatal ‘reação em cadeia da exclusão’ que se estende da exclusão econômica/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos etc.), passando pela exclusão social, sócio-cultural e política”.⁷

Portanto, nota-se como fundamental a importância da Defensoria Pública para garantia dos direitos fundamentais da população, em que esta tem o seu primeiro contato com o que representa “justiça” com o Defensor Público. E se o “primeiro contato” for efetuado de maneira adversa, não satisfazendo aquele que a procura, pela falta de profissional ou inabilidade no atendimento ou ainda incompetência, a credibilidade nas instituições como um todo não se torna realidade, tendo como provável consequência o não retorno daquele insatisfeito e ainda propaganda negativa.

2.3 Defensoria Pública no Estado do Ceará

Foi vista até a presente parte do trabalho a Defensoria Pública no seu aspecto geral e a importância dela, dentre os mecanismos estatais. Entretanto, antes de discutir-se o assunto controle de constitucionalidade, haja vista que depois tratar-se-á de ação direta de inconstitucionalidade por omissão a uma previsão constante na Constituição do Estado do Ceará, torna-se imprescindível comentar acerca da própria Defensoria Pública do Estado cearense.

2.3.1 Apresentação

Ao falar-se em Defensoria Pública no Estado do Ceará, é necessário entender-se que, anteriormente, o que existia era um “Departamento de Assistência Judiciária aos Necessitados”, que foi transformado, pela Lei nº 10.704, de 13 de agosto de 1982, para “Coordenadoria Geral de Assistência Judiciária do Estado” - CAJE, integrante da então Secretária do Interior e Justiça do Estado do Ceará.

Note-se que a assistência “judiciária” e não jurídica, como se diferenciou no tópico 2.1., era prestada pelos “Advogados de Ofício”, profissionais que atualmente são os Defensores Públicos, nomenclatura de acordo com a Constituição

Federal em vigor, sendo que esta ensejou a nova Carta Constitucional do Estado do Ceará de 1989, em que o termo “Defensoria Pública” apareceria no “Capítulo II”, do “TÍTULO VI – Das Atividades Essenciais dos Poderes Estaduais”.

Da análise do texto constitucional estadual, além do parágrafo único do art. 146, que será devidamente tratado no tópico 3.2. à frente, embora não seja o objeto do presente estudo, vale comentar que o parágrafo primeiro do artigo 147 da Constituição do Estado do Ceará determina serem “aplicáveis aos Defensores Públicos, o regime de garantias, vencimentos, vantagens e impedimentos do Ministério Público e da Procuradoria-Geral do Estado”. Tal dispositivo representa uma simetria de tratamento dispensado aos importantes e essenciais operadores do Direito que são os Defensores Públicos, os Promotores de Justiça e os Procuradores de Estado. Entretanto, a eficácia da previsão constitucional acima descrita, está suspensa por medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 145-1, ingressada pela Procuradoria Geral do Estado, representando os interesses do Governo Estadual, estando a aguardar o julgamento do mérito, já decorridos mais de dezesseis anos.

Bem, passados quinze anos da promulgação da Carta Constitucional Federal e quatorze da Estadual cearense, e ainda três anos da Lei Complementar Federal n. 80, comentada no item 2.1., a Defensoria Pública no Estado do Ceará foi instituída por meio da Lei Complementar Estadual, n. 06, de 28 de abril de 1997, publicada no Diário Oficial do Estado do Ceará de 02 de maio do mesmo ano, embora o art. 142 da Lei Complementar Federal estabelecesse o prazo de cento e oitenta dias para tanto. Vale ressaltar que sua real concretização deu-se somente aos 1º de outubro de 1997, uma vez que foram tomadas, neste ínterim, providências para o funcionamento da instituição, culminando com a posse do primeiro Defensor Público-Geral, Nívea de Matos Nunes Rolim, após eleição com a participação de todos os Defensores Públicos do Estado do Ceará, não aposentados.

A atual situação da Defensoria Pública cearense é crítica, se forem levados em consideração alguns fatores, como se passa a explicar.

Apesar de a Lei n. 12.388, de 09 de dezembro de 1994, ter criado o quadro de Defensores num total de 355 (trezentos e cinquenta e cinco) profissionais, menos da metade estão em efetivo exercício. Salienta-se que atualmente existem 291 (duzentas e noventa e uma varas) no Estado do Ceará e 40 (quarenta) Unidades dos Juizados Especiais⁸. Quer dizer, o número atual de Defensores sequer cobre a quantidade de varas e Unidades dos Juizados Especiais. E não se pode deixar de mencionar que o Defensor Público atua onde não há varas ou Unidades dos Juizados Especiais, como nos “Núcleos de Atendimento”, de onde são elaboradas as petições que dão início aos processos e nas unidades prisionais (IPPS, IPPOO, delegacias etc).

No que concerne à comparação com outros profissionais da área jurídica, como Juízes e Promotores de Justiça, com os quais os Defensores Públicos

trabalham diretamente, praticamente todos os cargos estão preenchidos e o que se nota é a preocupação do Estado em logo realizar concursos públicos se houver cargos vagos. Daí pode concluir-se que o Estado está preocupado em ofertar o operador do Direito responsável por julgar os processos, o profissional competente pela fiscalização dos atos e defesa da comunidade, mas parece não ter a mesma preocupação em oferecer à população o Defensor Público, que atua em prol dos direitos do cidadão, isto é, faz a defesa no plano individual e que é responsável pela inclusão social da população menos favorecida, que muitas vezes não tem sequer o dinheiro do transporte para ir ao local de atendimento.

A apresentação do panorama da quantidade dos operadores do Direito anteriormente era necessária, tendo em vista a idéia a ser defendida no tópico 3.2., em que se pretende justificar a interposição de medida necessária, tendo em vista dispositivo da Constituição cearense a ser levantado oportunamente.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Poder-se-ia iniciar esta parte do estudo partindo-se imediatamente para o estudo da própria ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) por omissão, que era a idéia primária. Todavia, por questões metodológicas, decidiu-se começar pela análise mais geral, qual seja, do controle de constitucionalidade, mesmo que superficial, até chegar-se àquele instituto.

3.1 Considerações

Nesta parte do estudo, a título propedêutico, antes de iniciar o estudo do objeto em si, no que concerne ao próprio controle de constitucionalidade, não poderia deixar de trazer à lume a consideração aludida pelo professor Paulo Roberto B. Ramos, em que diz:

A construção de uma nova realidade social dentro da qual a idéia de controle de constitucionalidade das leis assumisse a sua feição moderna demorou a emergir e consolidar-se, até mesmo porque a idéia de controle de constitucionalidade das leis, tal qual se entende hoje, está ligada à existência de uma constituição escrita, cujo objetivo é a cristalização de certos direitos fundamentais da pessoa humana. Acontece que a idéia de homem enquanto ser de direitos tardou a aparecer na história, sendo necessário o percurso de um longo caminho até a construção da idéia segundo a qual o homem é um ser de direitos.

Com a superação do modelo de sociedade organicista, construiu-se um outro, em que não mais o todo, mas sim as partes passaram a ser mais importantes. Os indivíduos (partes) passaram a ser os entes privilegiados da relação política, vez que

passaram a possuir direitos em relação ao todo (sociedade, Estado, soberano).⁹

À primeira vista, é de se estranhar um controle de constitucionalidade por omissão, posto que o mais coerente, ou mesmo lógico, seria encontrar-se uma dada inconstitucionalidade por ação. Entretanto, entende-se o fenômeno porque, como ensina o autor Yannick Caubet, em que, no final, cita German J. Bidart Campos na obra *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*:

Há inconstitucionalidade por ação quando o legislador ou o administrador pratica ato comissivo, cujo conteúdo ou forma contraria norma ou princípio constitucional.

(...)

Não é, entretanto, tão somente a ação estatal que lesa a Constituição. No direito contemporâneo surge a temática da inconstitucionalidade por omissão, estabelecendo a noção de que a inconstitucionalidade, além de existir quando se faz algo que a Constituição proíbe, também está presente quando se deixa de fazer algo que ela manda fazer (34).¹⁰

Portanto, é exatamente o fato de se deixar de fazer algo que a Constituição manda fazer, o foco do presente estudo, como refere o professor Zeno Veloso:

Para que não se transformasse num patético catálogo de intenções”, deixando de ter aplicabilidade por causa da inércia ou da resistência do legislador e das autoridades incumbidas de editar leis ou atos reguladores de normas constitucionais que careçam destas providências, a Carta Magna tem alguns preceitos e instituiu um mecanismo de defesa com vistas a garantir a obediência a seus comandos, objetivando conferir efetividade aos seus propósitos e dar concretude a seus princípios. Se a Constituição formal ou escrita não se transformar numa Constituição viva e real, não terá passado de uma “folha de papel”. E não são poucos os espíritos retrógrados e passadistas que sonham com isto.¹¹

No plano da Constituição Federal, o aspecto da inconstitucionalidade em termos de competência para o processo e julgamento, cabe ao Supremo Tribunal Federal, com fulcro no art. 102, inciso I, alínea “a”, e no plano da Constituição do Estado do Ceará, que data de 05 de outubro de 1989, não está na parte que trata da competência do Tribunal de Justiça (art. 108), mas sim, no art. 127, que regula:

Seção XI

Do Controle Direto de Inconstitucionalidade

Art. 127. São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual, contestado em face desta Constituição, ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição: (...).

Como se vê, a ineficácia da Constituição é algo patente, real e perigoso para a própria democracia, já que pessoas que deveriam acreditar em suas instituições, passariam a uma situação de descrédito, uma vez que não poderiam fazer valer seus direitos baseados numa omissão do Estado. É a impressão que é passada é a de que tudo isto serviria para manter uma “aparência” que as instituições estariam funcionando. No caso o Poder Legislativo que estaria fazendo seu trabalho, em constar na Constituição a previsão que, em tese, traria melhores condições para a população. Entretanto, como ver-se-á na parte posterior, o Estado deixa de cumprir seu papel, já que não executa uma previsão constitucional, trazendo danosas conseqüências para a comunidade.

3.2 Da previsão do parágrafo único do artigo 146 da Constituição do Estado do Ceará e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

Diante do que foi visto no item anterior, pela transcrição do artigo 127 da Constituição do Estado do Ceará, a ADIn tem como escopo também a “omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio” daquela Constituição. Isto posto, passa-se a tratar do artigo 146 e seu parágrafo único, valendo antes um breve histórico, sobre aludido dispositivo constitucional.

A Constituição do Estado do Ceará, promulgada aos 5 de outubro de 1989, não trazia qualquer parágrafo ao artigo 146, tendo este o seguinte teor:

Capítulo II

DA DEFENSORIA PÚBLICA

Art. 146. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional, incumbida da prestação gratuita de assistência judicial e extrajudicial aos necessitados, compreendendo a orientação e patrocínio dos seus direitos e interesses à tutela jurídica em todos os graus e instâncias.

O parágrafo único do artigo 146 foi acrescido do original mediante Emenda Constitucional n. 37, de 30 de junho de 1998 e determinava que:

Em todas as comarcas haverá um representante da Defensoria Pública, por vara, cabendo ao Governador do Estado e

a Defensoria Pública-Geral, no prazo máximo de dois anos, contados da promulgação da presente Emenda Constitucional, adotarem as medidas que se fizerem necessárias neste sentido, assegurando, assim, aos carentes, o acesso à justiça e o respeito a seus direitos à cidadania.

Nota-se que a previsão era de um Defensor Público por vara, estabelecendo o prazo de dois anos para sua efetivação. Entretanto, o Estado não implementou tal previsão, não sendo tomada qualquer atitude por quem de direito, conforme mencionado artigo 127, como por exemplo: Defensor Público-Geral, Procurador Geral de Justiça ou Associação dos Defensores Públicos do Estado do Ceará, que é a entidade de classe dos Defensores Públicos. Então, o Estado, em plena “convocação extraordinária” revogou a emenda transcrita acima, por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 28 de dezembro de 2000, chegando-se à seguinte redação ao mesmo dispositivo:

Em todas as comarcas haverá representante da Defensoria Pública, assegurando aos carentes o acesso à justiça e o respeito a seus direitos à cidadania.

Quer dizer, foram retiradas as obrigações de se ter Defensor Público por vara, em todas as comarcas e ainda o prazo de concretização da medida, que era de dois anos, ficando ao alvedrio do Governo do Estado a implementação de tal dispositivo (o que até a presente data não foi feito), o que representou um flagrante retrocesso na real garantia de acesso à justiça ao cidadão, significando mais uma forma do Estado desvanecer a sua obrigação de garantir a existência dos direitos civis. Isto, tendo em vista outros interesses que não são bem definidos, já que anteriormente havia a previsão de se ter um Defensor Público em cada vara atuando em favor da comunidade e, no presente momento, o Estado tem a obrigação constitucional de garantir um profissional por comarca, chegando à situação absurda de Fortaleza, comarca de entrância especial, atualmente com cento e seis varas, Tribunal de Justiça, quarenta Unidades dos Juizados Especiais, ter o Estado a obrigação de garantir apenas um Defensor Público. Maior absurdo não pode existir.

Voltando ao foco do presente trabalho, com dados apontados no item 2.3.1., sequer a previsão atual de um profissional por comarca está sendo cumprida, já que nem todas as comarcas do Estado do Ceará possuem Defensor Público, havendo assim a plena condição de ingresso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao parágrafo único do artigo 146, conforme previsão do já transcrito artigo 127.

E por que uma ação direta?

A resposta fundamenta-se no ensinamento do professor Edmar Oliveira Andrade Filho, em sua obra “Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos”:

Controle de constitucionalidade por via de ação direta, também chamado de *controle concentrado*, é o que se faz diretamente perante o órgão encarregado de dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição.

No Brasil, as normas fundamentais sobre o controle de constitucionalidade das leis e de atos normativos no sistema concentrado estão dispostas nos arts. 52, X, 97, 102 e 103, todos da Constituição da República de 1988, nas Constituições dos Estados e nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça Estaduais – ou órgão equivalente – e em algumas leis extravagantes.

Esse tipo de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos tem a grande vantagem de, ao menos em tese, poder oferecer uma resposta definitiva sobre a lei ou o ato normativo questionado em tempo menor do que a decisão proferida ao final do percurso do sistema de controle difuso, em que a questão da constitucionalidade só chegará ao órgão encarregado de exercê-lo após percorrer todo o caminho traçado nas leis processuais.

Além disso, há, nessa sistemática de controle de constitucionalidade, a possibilidade de que seja pleiteada, perante o Supremo Tribunal Federal, a concessão de Medida Liminar, se a circunstância reclamar, o que não é possível no sistema difuso. O grande benefício do sistema de controle concentrado, todavia, reside no fato de que as decisões que declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, observado o disposto no art. 97 da Constituição Federal de 1988, possuem, independentemente de qualquer outra providência, efeito geral e imediato.¹²

Uma questão relevante a ser discutida para o caso em apreço é se não seria o caso de ingresso com mandado de injunção e não uma ADIn. Ocorre que a previsão do referido remédio constitucional, previsto no art. 5º, inciso LXXI, é a seguinte: “LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”. E este não é o caso que ora se estuda, haja vista que já há previsão constitucional, faltando somente o cumprimento da mesma por parte do Estado. Sobre o assunto, os professores Sylvio Motta e Willian Douglas, entendem:

Nada mal começar com um parágrafo introdutório, deixando claro que os dois institutos têm alguns pontos em comum como, por exemplo:

a) filosoficamente ambos têm a mesma preocupação no que tange à inércia histórica que assola o constituçiona-

lismo brasileiro quando se trata de regulamentar o texto constitucional;

b) ambos surgiram na Carta de 1988;

c) ambos são procedimentos auto-aplicáveis e podem coincidir na legitimação passiva.

Fora isso, os institutos não guardam muitas relações de convergência jurídica e prática. Em que pese a opinião de J.J. Calmon de Passos, não podemos entender o mandado de injunção como uma espécie de ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária.¹³

E ainda vale a opinião do já mencionado autor Edmar Andrade, em que, ao final cita Flávia Piovesan em seu livro *Proteção judicial contra omissões legislativas* (São Paulo: RT, 1995, p. 161):

Uma questão conexas que pode surgir com o estudo da inconstitucionalidade por omissão é a similitude que esse tipo de ação possui com o *mandado de injunção*, fruto do gênio criativo do poder constituinte originário que não encontra paradigma no direito constitucional atual e passado.

(...)

Como já referimos, o mandado de injunção embora tenha por finalidade a denúncia de inércia do Poder Público, se insere no rol dos mecanismos constitucionais de tutela dos direitos e garantias individuais, mas teleologicamente se insere no controle de constitucionalidade por omissão.

Para a jurista Flávia C. Piovesan(1), “no mandado de injunção há fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão, enquanto que na ação direta há fiscalização abstrata da inconstitucionalidade”. Em voto que proferiu por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 447-1-DF (RSTF – *Lex* 191:125), o ilustre Ministro Carlos Velloso apontou a diferença entre um instituto e outro da seguinte forma: “A ação de inconstitucionalidade tem por escopo a defesa da ordem jurídica; já o mandado de injunção tem por finalidade proteger direito subjetivo constitucional, direito individual ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A ordem jurídica, objeto da ação direta, tem caráter abstrato; a defesa do direito individual, entretanto, faz-se em concreto”.¹⁴

Assim sendo, fica claro o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ao caso do parágrafo único do artigo 146 da Constituição do Estado do Ceará e não mandado de injunção ou outra medida judicial, já que

há a previsão constitucional da obrigação em se ter pelo menos um Defensor Público em cada comarca e não se tem a concretização do que está disposto, ou seja, nem todas as comarcas cearenses têm Defensor Público, representando assim um flagrante desrespeito à democracia e cidadania.

4 CONCLUSÃO

São cristalinas as previsões constitucionais e infraconstitucionais, pois tanto a Constituição Federal e a do Estado do Ceará, como as leis complementares federal e estadual relativas à Defensoria Pública, trazem dispositivos que acolhem a adequada prestação do serviço de acesso à justiça da população pelo Defensor Público, em que presta um trabalho de inclusão social da maioria da população. Maioria esta, que não pode pagar advogado particular ou despesas processuais sem que seu orçamento familiar mensal seja afetado.

O benefício trazido por este profissional tem importância vital no dia a dia das pessoas, que, em inúmeras ocasiões, não têm onde reclamar da inobservância dos seus direitos, vendo-se em situação que beira um ultraje.

Ao mesmo tempo em que se verifica a previsão legislativa, nota-se a omissão de vários Estados da Federação que não têm Defensores Públicos em número suficiente, particularmente do Ceará, em garantir a eficácia de um dispositivo constante em sua Constituição, em que medida judicial torna-se necessária para tanto, ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ao parágrafo único do art. 146 da Constituição do Estado do Ceará.

Alguns concursos foram realizados, mas a quantidade de profissionais recrutados não foi ainda suficiente para sequer cobrir o contingente necessário e legal previsto na Lei n. 12.388/1994, de 355 (trezentos e cinquenta e cinco) Defensores Públicos. Este número, se concretamente preenchido, ainda não seria o ideal; aliás, está longe de sê-lo, pois como foi dito, o Defensor Público atua muitas vezes onde não há Juiz ou membro do Ministério Público, mas pelo menos minimizaria o sofrimento de milhões de cearenses que não têm voz, nem vez.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997.

- BARBOSA, Ruy Pereira. *Assistência jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed., reimp., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- CAUBET, Yannick. *Controle de constitucionalidade por omissão: institutos e óbices à sua eficácia*. Curitiba: Juruá, 2002.
- GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- _____. *A defensoria pública, o estado e a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MÉNDEZ, Juan E. et. al. *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. Tradução Ana Luiza Pinheiro, com exceção do capítulo de autoria de Guillermo O'Donnell, traduzido por Octacílio Nunes. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Instituições da defensoria pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- ROCHA, José de Albuquerque. Defensoria pública como conquista do cidadão. *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, Fortaleza, a. I, n. 03, p. 171-179, out. 1999.
- SILVEIRA, José Neri. *Defensoria pública como instrumento da liberdade, da cidadania e da justiça social*. Discurso na aula inaugural da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1999.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- WEEKS, Lilian Rosemary. *O controle da constitucionalidade da norma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹ MARCACINI, A. T. R. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 31.

² *Ibid.*, p. 33.

³ BARBOSA, R. P. *Assistência jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 62-63.

⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et. al. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 4.

⁵ MÉNDEZ, Juan E. et. al. *Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina*. Tradução Ana Luiza Pinheiro, com exceção do capítulo de autoria de Guillermo O'Donnell, traduzido por Octacílio Nunes. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 346.

⁶ *Ibid.*, p. 354-355.

⁷ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 9-10.

⁸ Dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

⁹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 19-20.

¹⁰ CAUBET, Yannick. *Controle de constitucionalidade por omissão: institutos e óbices à sua eficácia*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 32.

¹¹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 247.

¹² ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 46.

¹³ MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 119-120.

¹⁴ ANDRADE FILHO, *op. cit.*, p. 53-54.

ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY FOR OMISSION REGARDING THE SOLE PARAGRAPH OF ARTICLE 146 FROM CEARÁ STATE CONSTITUTION

ABSTRACT

Analysis of the relevance of Public Legal Defence for society, including the regulation of those services in Brazilian and Ceará State Constitution and the provision determining the obligation of making a Public Defender available in every circuit court.

KEYWORDS: Public Legal Defence. In forma pauperis. Brazilian Constitution. Ceará State Constitution. Direct Action of Unconstitutionality for Omission.

L'ACTION DIRECTE D'INCONSTITUTIONNALITÉ PAR OMISSION CONTRE L'ARTICLE 146 DE LA CONSTITUTION DE L'ÉTAT FÉDÉRÉ DU CEARÁ

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un abordage sur l'importance de la Défense publique, de ce qu'elle représente pour la société selon sa disposition dans la Constitution Fédérale et dans la Constitution de l'État fédéré du Ceará, ainsi que l'obligation d'avoir au moins un Défenseur public dans chaque municipalité.

MOTS-CLÉS: Défense publique. Assistance Juridique. Constitution Fédérale. Constitution de l'État fédéré du Ceará. Action directe d'inconstitutionnalité par Omission.

O MODELO DE CRIME COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO. ELEMENTOS PARA A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL SECUNDÁRIO.

Fabio Roberto D'Avila*

1. Considerações Introdutórias; 2. Do Pecado ao Crime. Elementos Históricos sobre o Surgimento do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico; 3. Sobre a Fundamentação Constitucional da Ofensividade; 4. Ofensividade e Direito Penal Secundário. Subsídios para uma Necessária Aproximação.

RESUMO

O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico encontra no direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*) um ambiente hostil, muito embora, em um aparente paradoxo, também um dos espaços de juridicidade em que mais tem a oferecer. Trata-se de uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito, e que, uma vez recepcionada constitucionalmente, quer no âmbito dos princípios, quer no âmbito das regras constitucionais, torna a ofensa a bens jurídico-penais exigência indeclinável à legitimação de todo e qualquer ilícito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Bem jurídico. Direito Penal secundário. Estado Democrático e Social de Direito. Crime.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A compreensão do crime como ofensa a bens jurídico-penais, como dano ou perigo a bens dotados de dignidade penal, embora possa soar, para muitos, como trivialidade, evidência, nomeadamente no espaço de discursividade jurídico-penal brasileiro, é, em verdade, um horizonte compreensivo que, para além de historicamente posto em questão, encontra no direito penal contemporâneo um ambiente hostil, de difícil afirmação e continuidade, muito embora, em um

* Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal), Pós-Doutorando pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main – Alemanha), Bolsista da Fundação Alexander von Humboldt (Alemanha), Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

aparente paradoxo, também um dos períodos em que mais tem a oferecer. A ampliação do direito penal secundário, com o surgimento de novos espaços, cada vez mais complexos, de intervenção jurídico-penal, tem levado a um progressivo distanciamento do ilícito penal em relação aos vínculos objetivos que implicam o reconhecimento da ofensividade como elemento de garantia. Mas não só. Tem conduzido a um esfumaçamento dos valores tutelados, a uma perda de densidade tal que o bem jurídico passa a movimentar-se em um espaço de total indiferença em relação a meros interesses de política-criminal, incapaz de atender a uma qualquer pretensão de concretização. O bem jurídico perde seu caráter crítico e a ofensividade, o lugar primeiro na constituição do ilícito. A flexibilidade de teorias subjetivísticas do ilícito, de concepções puramente normativistas ou, ainda, de leituras meramente formais do ilícito penal, hoje tão em voga, torna-se acintosamente sedutora, mas, em contrapartida, cobra um preço alto em termos de legitimidade, nomeadamente a supressão de elementos objetivos capazes de propiciar substrato material crítico à construção do ilícito-típico. Daí que a insistência em uma compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos, naturalmente revisitada,¹ tenha, há tempo, deixado de ser lugar comum e assumido hoje um espaço central na discussão sobre a legitimidade do direito penal contemporâneo.

Todas as inúmeras dificuldades, de ordem prática e teórica, que atualmente recaem sobre a teoria do bem jurídico-penal no âmbito do direito penal secundário, parecem ser, todavia, de forma curiosa, justamente os elementos que têm impulsionado a (re)visitação da categoria através de importantes estudos com vistas, no mais das vezes, ao seu aperfeiçoamento e continuidade. Em Portugal, Figueiredo Dias, em seu recente “Direito Penal”, afirma ser a função do direito penal a “*tutela subsidiária (ou de ultima ratio) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de “bens jurídico-penais”)*”;² enquanto Faria Costa, desde 1992, com “O Perigo em Direito Penal”, põe à mostra os fundamentos de um direito penal de base ontológica, na qual o resultado jurídico emerge como pedra angular do ilícito penal.³ Na Alemanha, foi recentemente publicada uma interessante coletânea sobre a teoria do bem jurídico (*Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*), organizada por Hefendehl, A. von Hirsch e Wohlers;⁴ e Claus Roxin, no final de 2004, num escrito em homenagem aos 90 anos do Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck, põe em evidência e reafirma uma das máximas do pensamento de Jescheck, ao concluir que “a proteção de bens jurídicos não apenas designa a tarefa do direito penal, mas também controla a sistemática da teoria do ilícito”.⁵ No Brasil, temos, dentre tantos, o trabalho de doutoramento de Sporleder de Souza, “Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana”.⁶ Sem falarmos, obviamente, na Itália, onde a prevalência de uma compreensão objetiva do ilícito, expressa na ofensa a bens jurídico-penais, encontra o seu espaço por excelência.⁷ Ou seja, exemplos de uma contínua revitalização do estudo do crime como ofensa ao bem jurídico-penal.

Contudo, em que pesem os inúmeros estudos já produzidos e a significativa retomada da literatura penal contemporânea, a recepção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos está longe de obter consenso, mesmo entre seus

defensores, sobre a sua compreensão e ressonância na ordem jurídico-penal. A força vinculativa de uma tal idéia reitora passa, em muito, pela compreensão que se tenha da noção de bem jurídico, bem como pelo fundamento jurídico e delimitação que se pretenda atribuir à noção de ofensividade. Daí que – e não poderia ser diferente – a reflexão a que nos propomos tenha de optar por um ou outro caminho, embora indissociáveis em seu entendimento como um todo, para que possamos, sem qualquer pretensão *ex professo*, avançar algumas considerações sobre o tema. O estudo da teoria do bem jurídico, por essa razão, não poderá ter espaço neste breve escrito, senão na forma de algumas notas, com o objetivo de viabilizar o estudo da ofensividade, esta sim, objeto do nosso cuidado. A ofensividade como fenômeno jurídico que pressupõe o bem jurídico, mas que possui, em si mesma, consistência suficiente para servir de objeto de investigação, é que tomaremos como centro da reflexão que segue.

2 DO PECADO AO CRIME. ELEMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O SURGIMENTO DO MODELO DE CRIME COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO

A distinção entre crime e pecado é, sem dúvida alguma, um dos momentos de maior importância na gênese do direito penal moderno. Muito embora já se possa perceber no trabalho de um dos mais importantes juristas do séc. XVI, o *Tractatus Criminalis* do italiano Tiberius Decianus,⁸ um detido exame dos conceitos de *peccatum*, *delictum* e *crimen*,⁹ é a partir do jusnaturalismo de autores como Christian Thomasius¹⁰ e, principalmente, da obra epocal de Cesare Beccaria, *dei Delitti e delle Pene* (1764), que o crime ganha autonomia em relação ao pecado, em uma virada que assinala o nascimento do direito penal secularizado. Não mais enquanto pecado, mas como fato danoso à sociedade é que o crime assume o lugar central no âmbito da nascente ordem penal dessacralizada.¹¹

No período pré-iluminista, o ilícito penal movimentava-se em uma dimensão acentuadamente teológica. Crime e pecado confundiam-se. Era nada mais que violação da vontade de Deus.¹² A separação entre Estado e Igreja, entretanto, implicou uma idêntica separação de tarefas e âmbito de atuação. À Igreja competiria o pecado, a maldade, os vícios, enfim, o homem em suas dimensões interna e externa. Ao Estado, por outro lado, sem qualquer pretensão de interferir no modo de ser humano, na sua postura interior ou no seu modo de pensar,¹³ competiriam as intervenções do homem no mundo, ou, mais propriamente, as ações humanas externas causadoras de um dano à Nação.¹⁴ O conteúdo de vontade expresso em uma ação externa e concretizado em um dano à Nação era, pois, o fenômeno criminoso em sua emergente compreensão laica. Fenômeno que, embora conformado pelo conteúdo de vontade, encontrava na objetividade do dano a pedra angular do seu conteúdo de desvalor. Não por outra razão, Beccaria, em célebre passagem, embora resguardando um importante papel ao dolo e à culpa na constituição do crime, sublinha, de forma categórica, que “a única e verdadeira medida dos delitos é o dano causado à

nação, e por isso erraram aqueles que acreditaram como verdadeira medida dos delitos a intenção de quem os comete”.¹⁵

Esse dano de que nos fala Beccaria, capaz de representar com singular eloquência a medida do crime, em contraposição a juízos acentuadamente subjetivistas e moralistas, ascende como marca do primado objetivista do ilícito penal no período iluminista. Para Beccaria, não haveria legitimidade em criminalizar condutas que prejuízo algum causassem à comunidade. O dano como medida do crime assumia-se, assim, como elemento central do fenômeno criminoso, mas também como elemento crítico de criminalização,¹⁶ preenchendo um importante papel na realização das aspirações ilustradas de contenção e validação do poder punitivo do Estado, através da imposição de vínculos objetivos de legitimidade. Contudo, nesse momento histórico, falar-se em tutela de bens jurídicos em sentido estrito, não era ainda possível.

O ilícito penal do período iluminista erigia-se, não a partir da noção de bem jurídico ainda muito incipiente, mas sim da noção de *direito subjetivo*. Em verdade, o direito subjetivo, para usar as palavras de Sgubbi, “representa a *anima* da concepção de mundo própria do liberalismo clássico”.¹⁷ O contrato social substitui a matriz divina do Estado e da sociedade por uma matriz meramente terrena, na qual o direito subjetivo surge como eixo central, capaz de sustentar e promover os princípios de liberdade e igualdade, para além de outros princípios estruturantes da visão de mundo liberal, de modo a propiciar as condições fundamentais de vida em sociedade.¹⁸ A consideração do direito subjetivo de cada um diante do direito dos demais permite traçar simultaneamente os limites de liberdade garantidos pela ordem jurídica e o início do seu exercício arbitrário, violador de direitos alheios, o que, considerado em conjunto, confere a cada indivíduo um determinado *Lebenskreis* (âmbito de vida), demarcador da fronteira entre o lícito e o ilícito, entre a violação e a não-violação de direitos subjetivos alheios, de modo que, neste preciso cenário, outra não poderia ser a essência do crime, senão a violação do *Lebenskreis*, *ipso facto*, a violação de um direito subjetivo.¹⁹

Tal forma de compreender o crime pode ser surpreendida, em sua mais forte expressão, na célebre obra de Anselm von Feuerbach, a quem se pode atribuir a primeira tentativa frutuosa em obter um “conceito material de crime, transcendente e crítico face ao direito penal vigente”.²⁰ Já no início de seu *Lehrbuch des peinlichen Rechts* (primeira edição de 1801), Feuerbach assinala, como o mais importante princípio de direito penal, que toda pena aplicada pelo Estado é “a consequência jurídica de uma lei fundamentada através da necessidade de conservação de direitos alheios, e que ameaça a violação de um direito com um mal sensível” (§19),²¹ concluindo que, por crime, em sentido amplo, dever-se-ia entender a “a ofensa contida em uma lei penal, ou uma ação que, sancionada por uma lei penal, *contraria o direito de outrem*” (§21).²² Fortemente influenciado pelo pensamento kantiano, Feuerbach nega legitimidade à utilização do direito penal como instrumento de persecução de finalidades transcendentais, quer de fundo religioso, quer estabelecidas no bem comum.²³ A existência e finalidade do Estado justificam-se na proteção das liberdades, na prevenção da violação de direitos

subjetivos, e só com este fim, somente para a proteção de direitos subjetivos da atuação de ações externas, é que se legitima a competência do legislador.²⁴

Percebe-se, assim, que Feuerbach não deixa de se ocupar da danosidade social de que nos fala Beccaria, mas o faz de forma particularizada. A dimensão social do dano é trazida indiretamente e, por isso, com prejuízo de sua autonomia,²⁵ para o centro de desvalor do crime, através da violação de um direito subjetivo. Como bem observa Amelung, a lógica contratualista indica não só as diretrizes normativas do direito penal, como descreve aquilo que é prejudicado pela ação socialmente danosa. Ou seja, socialmente danosa é a conduta que desorganiza a ordem posta pelo contrato, violando direitos individuais ou do Estado como pessoa moral,²⁶ erigidos a partir de uma orientação individualista.²⁷ E, nesta medida, o direito subjetivo torna-se o objeto jurídico da proteção normativa, implicando uma conseqüente leitura da ofensividade a partir da sua violação.

Todavia, muito embora o crime como violação de um direito subjetivo tenha proporcionado um importante contributo em prol da elaboração e afirmação de um conceito material de crime, acentuadamente crítico em relação ao direito penal vigente – o que se percebe com especial clareza no que tange aos crimes contra a religião e aos crimes contra a moral sexual, incapazes de representar uma qualquer violação a um direito subjetivo –,²⁸ a concepção apresentava também limitações de difícil solução, nomeadamente no que se refere à sua capacidade explicativa e ao conteúdo de ofensividade que pretende expressar. Reconhecer, para além da violação de um direito subjetivo do indivíduo, também a violação de um direito subjetivo do Estado como um fato criminoso, é algo não só possível, mas presente no pensamento de autores como Feuerbach – razão de ser, inclusive, da distinção entre crimes privados e crimes públicos, respectivamente –, agora, admitir, na esfera das condutas violadoras de direitos subjetivos, crimes como, *v.g.*, a falsidade, atentados contra a incolumidade pública ou contra a ordem pública, cuja legitimidade não era posta por ninguém em questão, era ir longe demais.²⁹ Estaríamos, bem observam Marinucci e Dolcini, ou diante de uma categoria de crime marcada pela ausência de violação de um direito subjetivo, ou desnaturando a própria noção de violação, ao admitir, na hipótese de valores em que não é possível identificar o titular em um determinado sujeito (*v.g.*, valores coletivos, sociais, etc.), um direito subjetivo sem sujeito.³⁰

Para além disso, também a própria noção de ofensividade apreensível na violação de um direito subjetivo é, em si mesma, equivocada. Quando alguém lesiona a integridade física de outrem ou subtrai para si bens móveis alheios, não suprime ou lesiona o direito subjetivo em questão. Ele se mantém intacto, nada sofre com a agressão, pois, em verdade, a ofensa nada pode causar ao direito, mas, sim, apenas ao seu objeto. É o próprio objeto do direito, isto é, a vida, a honra, a integridade física, o patrimônio, e não o direito em si, que sofre a ação criminosa, que pode, enfim, ser objeto e expressar o efetivo conteúdo de desvalor da ofensa.³¹ Surgiam, portanto, aos poucos, os elementos que iriam propiciar uma nova compreensão do conteúdo material do crime, que iriam propiciar o surgimento do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos.

A teoria da proteção de bens jurídicos (*Lehre vom Rechtsgüterschutz*) tem o seu primeiro desenvolvimento em um conhecido escrito de Birnbaum (1834), no qual o autor afirmava que o conteúdo do crime deveria ser buscado, não na violação de direitos subjetivos, mas na ofensa a valores assim reconhecidos pela sociedade,³² isto é, na ofensa a bens protegidos pela norma.³³ Para Birnbaum, o crime deveria ser reconhecido na “lesão ou pôr-em-perigo, atribuível à vontade humana, de um bem a todos garantido igualmente pelo poder do Estado”.³⁴ Uma formulação que põe em destaque a incipiente noção de bem jurídico como objeto de proteção da norma penal incriminadora. Mas não só. Também a emergente noção de ofensividade em suas duas formas fundamentais, dano e perigo, encontram-se já delineadas na proposta de Birnbaum.

Em verdade, tal qual a teoria da violação de um direito subjetivo, a teoria da proteção de bens jurídicos também encontra a sua origem na concepção iluminista de dano social, em que pese com ela não se confundir. Não se trata, como bem salienta Amelung, de diferenças meramente descritivas, isto é, ao invés da violação de um direito subjetivo, teríamos a violação de um bem jurídico, o que, no entanto, por si só, já representaria um significativo ganho teórico e prático.³⁵ Há também diferenças normativas de grande significado. Embora possamos afirmar que a maior parte dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem jurídico-penal sejam oriundos dos direitos subjetivos em ascensão,³⁶ não houve, de início, uma preocupação em restringi-los ao âmbito dos direitos individuais. Birnbaum, inclusive, propôs o conceito de *Gemeingut* (bem comum), ao qual subsumia convicções morais e religiosas da comunidade,³⁷ em total dissonância com as aspirações que norteavam os ideais iluministas, tornando controvertida, até hoje, a idéia de um possível aumento do âmbito de punibilidade penal com o advento da noção de bem jurídico.³⁸

Certa ou não, não é o que aqui importa, a mera possibilidade de admitir-se uma ampliação do espaço de intervenção penal a partir do conceito de bem (jurídico) de Birnbaum coloca em evidência as então incipientes dimensões fundamentais da teoria do crime como ofensa a bens jurídicos, o *objeto de tutela da norma* e as *formas de sua violação*, ou, se assim preferirmos, o *bem jurídico* e a *ofensividade*, permitindo, desde então, antever muito dos problemas que os acompanhariam durante a sua trajetória jurídico-dogmática. A ofensividade, mesmo que concebida tal qual a temos, a partir de uma perspectiva onto-antropológica, pode ter seu conteúdo de garantia suprimido em razão de sua natureza relacional, dependendo do conteúdo que é atribuído à noção de bem jurídico. Da mesma forma que o bem jurídico pode representar nada mais que um elemento de inspiração legislativa, desprovido de qualquer potencial crítico, se abirmos em demasia os limites da ofensividade. Daí não percebermos o estudo da ofensividade em uma posição dicotômica em relação à teoria da proteção de bens jurídicos,³⁹ mas como dimensão insuprimível desta, que precisa ser desenvolvida a partir da sua compreensão e delimitação, para que possamos assim, e somente assim, obter a totalidade do potencial explicativo e heurístico da *teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*.

Até alcançar a conformação crítica e transistemática de base constitucional que tem hoje o bem jurídico, muitos foram os momentos em que teve enfraquecida e até mesmo suprimida a sua capacidade de legitimação (crítica) da intervenção jurídico-penal incriminadora. Já em sua primeira elaboração, como vimos, Birnbaum permite uma abertura através da qual eram resgatados valores transcendentais de base puramente moral ou religiosa.⁴⁰ Binding, em acentuado positivismo, supervaloriza o processo legislativo na formulação do bem jurídico, restringindo-o a uma relação de total e inquestionável conformidade com a norma. O bem jurídico, limitado unicamente à lógica e às considerações próprias do direito, encontra na norma o seu referencial de validade, o seu próprio fundamento, suprimindo desta relação qualquer possível foco de tensão.⁴¹ Honig, ainda em uma compreensão intra-sistemática, com o seu conceito metodológico, esvazia o conteúdo liberal de garantia do bem jurídico, relegando-lhe apenas uma modesta função de orientação na interpretação do tipo.⁴² E, para ficarmos em apenas alguns exemplos, já agora em uma outra perspectiva, a própria experiência jurídico-penal da Alemanha Nacional-Socialista, na qual o ilícito penal como expressão extrema de autoritarismo assume a forma de uma mera *violação de dever* (*Pflichtverletzung*), uma *simples desobediência* aos deveres impostos pelo Estado, não excluiu, de pronto, a noção de bem jurídico. Embora estranha ao pensamento da Escola de Kiel (Schaffstein e Dahm), para a qual o bem jurídico era a representação forte de um indesejado legado liberal-individualista, Schwinge e Zimmerl propugnavam uma concepção de bem jurídico supra-individual, representativa dos valores da Alemanha nazista, que, por este exato motivo, em nada prejudicava o eticismo despótico característico da compreensão nacional-socialista de crime.⁴³

Não há dúvida, portanto, de que de nada vale falar em ofensividade como limite material da incriminação se não partirmos de um conceito de bem jurídico-penal que propicie uma tal construção teórica. Hoje, todavia, a significativa e crescente aceitação de leituras constitucionais do bem jurídico-penal, tanto no Brasil como no exterior, em uma perspectiva transistemática, permite-nos confiar em um terreno já suficientemente delimitado e seguro, para que possamos avançar algumas linhas sobre a ofensividade em direito penal.

3 SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA OFENSIVIDADE

A estreita relação entre os modelos de crime e os modelos de Estado, claramente percebida em uma perspectiva histórica, revela elementos significativos sobre uma maior ou menor dificuldade de assimilação de certas formas de estruturação do ilícito-típico, servindo, no mais das vezes, como índice confiável de autoritarismo penal. Da mesma forma que o fortalecimento da compreensão do crime como mera violação dos deveres impostos pelo Estado, em uma política-criminal de exaltação dos vínculos éticos de fidelidade e obediência durante o nacional-socialismo, muito tem a dizer sobre a relação Estado-cidadão na Ale-

manha Nazista, também o modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais pretende refletir e concretizar linhas ideológicas comuns à grande maioria dos Estados ocidentais contemporâneos. Em verdade, podemos dizer que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos em sua vertente principiológica, o denominado Princípio da Ofensividade é, antes de qualquer coisa, uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito.

Muitas são, nesta perspectiva, as linhas de força axiológicas que poderiam ser invocadas como elementos fundantes de tal orientação política do Estado. Mas, primando pela simplicidade de exposição e atento aos limites deste breve escrito, poderíamos dizer que indiscutível nessa precisa forma de ver as coisas está o comprometimento forte do Estado para com os direitos e garantias fundamentais. Um Estado que se quer não-liberticida, autoritário, intolerante, mas sim, laico, plural e multicultural, erigido a partir da diferença e com ela comprometido, em que não há espaço para perseguições de credo, cor ou classe, em que não se punem pessoas ou grupos, mas apenas fatos.⁴⁴ Enfim, um Estado em que todos, absolutamente todos, podem valer-se da condição de cidadãos e, assim, resguardados pela totalidade dos direitos e garantias constitucionais, resistir às manifestações de inaceitável autoritarismo que, sazonalmente, quer por razões de cunho meramente pragmático, quer por razões ideológicas, insistem em tentá-lo.⁴⁵

Elementos, portanto, que, fortemente recepcionados pela Carta Constitucional brasileira, inclusive em seu próprio preâmbulo,⁴⁶ muito pouca ou quase nenhuma resistência deveria encontrar, em termos ideológicos, no espaço político-criminal brasileiro. Todavia a falta, muitas vezes, de patamares mínimos de racionalidade e univocidade da política criminal brasileira faz com que se sinta mais acentuadamente – e apenas mais acentuadamente – a insuficiência de diretrizes meramente político-ideológicas e daí, a conseqüente necessidade de vínculos positivos. A dissonância entre a prática político-criminal levada a cabo pelo Estado e aquela esperada a partir dos compromissos político-jurídicos assumidos pela Constituição demonstram, a toda evidência, a necessidade de trabalharmos com critérios positivos, capazes de conferir limites razoavelmente seguros para os processos de criminalização e descriminalização. E mais. A necessidade de trabalharmos com critérios constitucionais suficientemente aptos a delimitar adequadamente os processos legislativo e hermenêutico-aplicativo. A discussão desloca-se, desta forma, para o plano constitucional, para o questionamento sobre a existência de uma exigência constitucional de ofensividade, o que tornaria a ofensa a bens jurídico-penais, para além de elemento de orientação, um dos principais limites de contenção da política criminal contemporânea.

A ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional. Aliás, parece-nos possível encontrar elementos para justificar uma tal exigência, tanto em âmbito puramente principiológico como, e principalmente, à luz das regras constitucionais. Partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios,⁴⁷ podemos, mediante a admissão

de uma proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito,⁴⁸ reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito. Pois é exatamente desse princípio geral de tutela de bens jurídicos que decorre tanto o *princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa*, como o *princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária*, o que significa dizer que ambos estão submetidos ao âmbito normativo do princípio originário, não admitindo uma conflitualidade que extrapole os limites da tutela de bens jurídicos, ou seja, que toda incriminação que vá além dos limites da ofensividade não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador.⁴⁹

Por outro lado, não é sob uma ótica estritamente principiológica, mas a partir das regras constitucionais – ou, mais precisamente, das normas constitucionais de “caráter duplo” (*Doppelcharakter*) – que a ofensividade alcança o seu momento de maior concreção legislativo-constitucional. No seguimento da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, devemos reconhecer que tanto a norma constitucional que prevê a inviolabilidade do direito à liberdade (art.5.º CF) como a norma constitucional que prevê a dignidade da pessoa humana (art.1.º CF) são normas constitucionais de caráter duplo (*Doppelcharakter*), simultaneamente, regra e princípio. Da inviolabilidade do direito à liberdade decorre, pois, tanto o princípio da liberdade que, enquanto princípio, está sujeito à ponderação, como a regra da liberdade, esta submetida ao regime duro das regras; o que diferente não é no que tange à dignidade da pessoa humana. Significa dizer que, muito embora a norma constitucional concernente à liberdade admita ser ponderada com outros valores, está longe de admitir uma ponderação irrestrita. Há aqui a inclusão de uma “cláusula restritiva referida a princípios”, decorrente da vinculação de ambos os planos – regras e princípios – que admite o *balancing*, porém o faz impondo determinadas exigências para que o conteúdo rígido de regra não seja violado.⁵⁰

Toda previsão legislativa de um tipo penal incriminador, se bem a vemos, é o resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevo em sociedade (liberdade *versus* patrimônio, *versus* integridade física, *versus* honra, etc.), mesmo que se trate de uma liberdade meramente potencial, como ocorre na restrição da liberdade em prol da tutela da vida, nos crimes contra a vida.⁵¹ E, se isso é correto, mostrar-se-ia absolutamente inaceitável cogitar-se a restrição do direito fundamental à liberdade em benefício da obtenção de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social. Para a sua restrição, é preciso atender não só a uma exigência formal de hierarquia normativa que limita a ponderação a bens com dignidade constitucional – referência mesmo que indireta na Constituição – como a uma necessária compatibilidade axiológica que justifique a restrição, para além, é certo, de um juízo de necessidade de tutela. Enfim, exigências que descartam a ponderação com interesses que sequer possam ser reconhecidos como um bem jurídico-penal,

pois, afinal, seria no mínimo contraditório o reconhecimento constitucional do direito inviolável à liberdade simultaneamente à criminalização fácil e irrestrita do seu exercício.⁵² A proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade – como também da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, veda a instrumentalização do homem em benefício de meros interesses administrativos – impede, por tudo isso, o alargamento da tutela penal para além dos casos em que o seu exercício implique a ofensa a outros bens jurídicos em harmonia com a ordem constitucional.⁵³ Por estas, entre muitas outras razões, é, por certo, a ofensividade uma inafastável exigência para a legitimidade do ilícito-típico na ordem jurídico-penal brasileira, após a Constituição Federal de 1988.

Muitos outros indicativos da concretização legislativa da exigência material de ofensividade podem ser ainda encontrados na legislação infraconstitucional, mais precisamente, no Código Penal brasileiro. São muitos os dispositivos que atestam a recepção de um ilícito penal de base objetiva, em nítida contraposição a uma orientação subjetivista. Os institutos da tentativa (art.14, II CP), do crime impossível (art.17 CP) e até a própria primeira parte do art.13 do CP permitem o claro reconhecimento de um direito penal acentuadamente comprometido com o desvalor que representa a ofensa a bens jurídico-penais, no seguimento do chamado *Erfolgstrafrecht*, e reclamam o desenvolvimento sistemático de uma hermenêutica consistente e verdadeiramente comprometida com uma tal orientação.

4 OFENSIVIDADE E DIREITO PENAL SECUNDÁRIO. SUBSÍDIOS PARA UMA NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO

Chegando até aqui, acreditamos ter elementos suficientes para reconhecer a ofensividade como efetiva exigência constitucional de legitimidade do ilícito jurídico-penal e, a partir disso, questionarmos acerca da sua importância como elemento de delimitação também no espaço de juridicidade do direito penal secundário. Questão que assume especial relevância quando a crescente utilização, neste particular âmbito do direito penal, de categorias de crime tradicionalmente reconhecidas como hipóteses de ilícito incompatíveis com a noção de ofensa ao bem jurídico, alimentada por fortes interesses de política criminal, mais especificamente, de prevenção geral positiva, tem propiciado a manutenção de um significativo espaço de tensão que não raramente convida a uma relativização da ofensa como regra geral a todas as formas de aparição do ilícito-típico, em prol de espaços de livre disposição político-criminal.

Não outra tem sido, *v.g.*, a orientação proposta por um dos principais estudiosos da ofensividade, Ferrando Mantovani: em que pese reconheça a recepção constitucional do princípio da ofensividade, faz isso como princípio regular, mas não absoluto. Segundo Mantovani, é importante admitir a possibilidade de derroga do princípio da ofensividade quando estivermos diante de categorias totalmente desprovidas de tal atributo, isto é, diante dos denominados *crimes sem ofensividade* (*reati senza offesa ai beni giuridici*), os quais encontrariam a sua razão de ser na necessidade político-criminal de prevenir ofensas a bens primários, cole-

tivos, institucionais, devendo aqui “a racionalidade do princípio moderar-se com a necessidade de prevenção geral”.⁵⁴ Em outras palavras, a existência de interesse político-criminal na manutenção de categorias jurídico-penais desprovidas de qualquer ofensividade justificaria, por si só, a derroga do princípio. Derroga que, inclusive, no entender de Mantovani viria a preservar o conteúdo de garantia da ofensividade de uma excessiva abertura, ocasionada por tentativas inúteis de recuperação da ofensa em crimes sabidamente desprovidos dela.⁵⁵

Uma tal compreensão é equivocada por inúmeras razões.⁵⁶ (a) Há, de pronto, uma clara inversão metodológica. Não é possível partirmos de um dado empírico, do reconhecimento da existência de crimes desprovidos de ofensividade e insuscetíveis de recuperação hermenêutica – de uma hermenêutica assumidamente interessada em resgatar o conteúdo material do ilícito através da restrição do âmbito do tipo –, para afastar a incidência da exigência constitucional de ofensividade, sob a simples alegação da existência de interesses políticos na sua manutenção. Seria o mesmo que propor, absurdamente, a leitura de princípios constitucionais orientadores da legitimação normativa a partir das próprias normas infraconstitucionais. Mas não só. (b) A proposta de Mantovani não atenta às implicações jurídicas do reconhecimento da ofensividade como norma constitucional de caráter duplo, regra e princípio, decorrente da norma constitucional da liberdade e da norma constitucional da dignidade da pessoa humana, o que, como vimos, coloca limites claros e intransponíveis ao processo legislativo infraconstitucional. E (c), por fim, restringindo-nos aos traços mais salientes, há, ainda, um acentuado equívoco lógico, tanto na orientação político-criminal quanto na fundamentação jurídica. (aa) A grande valia, hoje, de um retorno ao essencial, do resgate de uma compreensão objetiva do ilícito penal – de uma compreensão de base objetiva, porém não exclusiva, diga-se –, (re)visitada através da ofensa ao bem jurídico, encontra-se justamente na sua capacidade de delimitação do conteúdo material do ilícito nos novos espaços de incriminação, em clara oposição às atuais tendências de orientação meramente formal ou normativa. Mas, se isso é verdade, se aqui está a grande valia da categoria em análise, negar-lhe entrada justamente nos espaços em que é posta em questão é negar-lhe sua principal utilidade, é relegá-la a mera condição de critério de interpretação do tipo, com muito pouco a dizer ao direito penal secundário. De forma breve: o motivo que Mantovani apresenta para justificar o afastamento da ofensividade é o exato motivo que nos leva a acreditar que ela deve ter sua aplicação intensificada. (bb) E, por outro lado, propor a criação e manutenção de tipos-de-ilícito desprovidos de ofensa, sob a alegação da necessidade de tutela de bens primários, coletivos e institucionais, é contraditório e evidentemente insustentável. Ora, alegar a necessidade de crimes sem ofensa ao bem jurídico para evitar a ocorrência de ofensa ao bem jurídico é não só falacioso, como chegaria ao absurdo de justificar até mesmo a punibilidade indiscriminada de atos preparatórios, eis que, também aqui, poderíamos buscar teleologicamente o seu desvalor na possível ocorrência de um evento futuro e incerto. Daí reconhecermos plena razão às palavras de Faria Costa ao referir que tal idéia, isto é, a idéia de que é “precisamente em nome da proteção de bens

jurídicos que se devem ou têm de punir condutas elas mesmas não violadoras de bens jurídicos”, consiste em “uma das expressões mais acabadas de subversão e incompreensão metodológicas”.⁵⁷

Todavia todos esses argumentos apenas reforçam a noção de ilícito penal de base necessariamente objetiva. Os elementos que nos fazem crer em uma recepção constitucional da ofensividade e os moldes em que se dá essa recepção, por nós já considerados, são, por si só, elementos absolutamente suficientes para garantir a sua aplicação ampla e irrestrita em todo o direito penal, sob de pena inconstitucionalidade. A ofensividade torna-se, por isso, no plano de *lege ferenda*, um importante critério de orientação legislativa e, no plano de *lege lata*, critério de validade e delimitação do ilícito, reitor de uma hermenêutica que se quer constitucionalmente orientada. Ou seja, não só o legislador deve ater-se à exigência de ofensividade na proposição de novas figuras delitivas que, na sua interação com outros princípios penais, leva-lo-á a priorizar sempre as formas de ofensa mais intensas, como a aplicação da norma penal exigirá do interprete uma hermenêutica atenta à sua efetiva existência. O que é o mesmo que dizer que todas as deficiências legislativas deverão ser corrigidas a partir de um filtro hermenêutico que, muitas vezes, poderá restringir o âmbito de aplicação do ilícito-típico, em um processo hermenêutico de correção e recuperação do ilícito, quando, por certo, o tipo penal permitir tal correção, e, outras vezes, pela total incapacidade de adequação à noção de ofensividade, deverá levar inevitavelmente ao reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

No direito penal secundário, a necessidade de atenção a ser dispensada, nos planos de *lege ferenda* e *lege lata*, à exigência constitucional de ofensividade aumenta significativamente em razão das particularidades que envolvem os bens jurídico-penais tutelados, normalmente, supra-individuais, da maior complexidade dos elementos que envolvem e constituem o fato, de forte tendência normativa, e da forma de tutela possível, muitas vezes através de crimes de perigo abstrato. Aqui, mesmo que partíssemos de um funcionamento ideal do plano legislativo, o normal aumento da normatividade, por decorrência das vicissitudes inerentes ao objeto e à forma de tutela, concluiríamos por uma maior valorização do trabalho hermenêutico. Mas, se tomamos a realidade legislativa brasileira tal como se apresenta, na qual a falta de preocupação com as exigências constitucionais de validade e a acentuada falta de rigor técnico são marcas comuns, podemos perceber, então, o grau de responsabilidade que recai sobre o intérprete, e daí, a necessidade de um intenso e contínuo aprimoramento do plano hermenêutico-aplicativo, o que, sem dúvida alguma, passa por uma melhor compreensão e delimitação do que devemos entender por ofensividade. O estudo da ofensividade e das formas de ofensa torna-se, pois, tarefa irrenunciável ao processo de atualização da ciência jurídico-penal, decorrência normativa do chamamento à “superação” (*Aufhebung*) que nos é feito, responsabilmente, por Anselmo Borges.⁵⁸

Não há, certamente, nos limites deste breve escrito, como avançarmos considerações minimamente satisfatórias sobre esses dois nódulos problemáticos

tão importantes para a afirmação e dinâmica da ofensividade no direito penal secundário. Contudo, não nos podemos furtar a algumas linhas que possam, ao menos, permitir um apertado esboço do nosso modo de ver as coisas.

Em uma compreensão onto-antropológica do direito penal,⁵⁹ construída a partir do ilícito, e não, certamente, da pena,⁶⁰ apreendemos a ofensividade como ressonância normativa de uma oscilação jurídico-penalmente desvaliosa da relação matricial de cuidado-de-perigo, de cuidado do eu para com o outro e do eu para comigo mesmo. Essa relação matricial, estruturante do modo de ser humano, é chamada indiretamente pela noção de ofensividade, pela noção de ofensa a bens jurídico-penais. A ofensividade torna-se, pois, uma categoria jurídica capaz de expressar um autônomo desvalor de resultado, absolutamente independente de outros centros de desvalor que possam a ela estar teleologicamente relacionados. A ofensividade ganha, dessa maneira, plena autonomia e, por decorrência, capacidade de fundamentação e delimitação do ilícito.

O ilícito penal, neste contexto, é erigido a partir do desvalor que expressa o resultado jurídico, ou seja, a ofensa a bens jurídicos. O bem jurídico-penal assume a posição de pedra angular do ilícito.⁶¹ Como valor positivo que é, o bem jurídico apresenta-se como expressão axiológica irradiante e simultaneamente condensadora da intencionalidade normativa, dando forma ao que podemos chamar de primeiro nível de valoração e permitindo, a partir da tensão entre a sua afirmação e negação, o surgimento de outros níveis de valoração, entre os quais o segundo nível de valoração, o nível da ofensividade. Os fatos que negam o valor positivo primário, que violam o bem jurídico-penal, expressam um determinado conteúdo de desvalor que, em determinados níveis, torna-se perceptível e jurídico-penalmente interessante, permitindo a construção e concretização do ilícito-típico. Ou seja, nada mais do que a forma de captação pelo direito penal das oscilações especialmente desvaliosas da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo que são apreendidas e expressadas através de diferentes formas de ofensa. A ofensividade é, portanto, resultado de um segundo e fundamental nível de valoração que, ao expressar o primeiro momento de desvalor do fato, assume-se como elemento de fundação do ilícito, muito embora distante de ser o único.

Ao falar em um ilícito estabelecido a partir do resultado não estamos, em momento algum, negando outros níveis de valoração indispensáveis, como, *v.g.*, o correspondente ao próprio desvalor da ação. Apenas buscamos salientar que é o desvalor de resultado como negação da intencionalidade normativa de um ilícito penal teleologicamente voltado à tutela de bens jurídicos, a pedra angular do ilícito e, se assim é, somente na sua presença é que falaremos em desvalor da ação, ou seja, uma coexistência necessária, mas que só se torna possível diante da preexistência do primeiro. Em outras palavras, o exato oposto à célebre afirmação de Welzel: “a lesão ao bem jurídico (o desvalor de resultado) tem significação jurídico-penal somente dentro de uma ação pessoal antijurídica (dentro do desvalor de ação)” (*die Rechtsgutsverletzung (der Erfolgsunwert) hat strafrechtlich nur innerhalb einer personal-rechtswidrigen Handlung (innerhalb des*

Handlungsunwerts) Bedeutung).⁶² Segundo o nosso modo de ver as coisas, o desvalor da ação tem relevância jurídico-penal apenas entre os fatos detentores de desvalor de resultado, dentre os fatos violadores de um bem jurídico-penal.⁶³

Tal compreensão leva certamente à necessidade de novos accertamentos dogmáticos e ao desenvolvimento de tipologias de ofensa. Ao falarmos em uma necessária restrição do ilícito penal às hipóteses de efetiva ofensa a bens jurídicos não estamos propondo uma limitação do direito penal aos crimes de dano e aos crimes de perigo concreto. Em verdade, há muitas formas de ofensa que podem, entretanto, ser reunidas, no seguimento de Faria Costa, nas categorias de *dano/violação*, presente nos crimes de dano, e *perigo/violação*, subdividido na ofensa de *concreto pôr-em-perigo* e na ofensa de *cuidado-de-perigo*, presentes, respectivamente, nos crimes de perigo concreto e nos crimes de perigo abstrato.⁶⁴

Devemos observar, por conseguinte, que os crimes de perigo abstrato são, também eles, suscetíveis de recuperação hermenêutica, não constituindo uma categoria necessariamente desprovida de ofensividade. Restringir a riqueza e complexidade da noção jurídico-penal de perigo às situações tradicionalmente denominadas de perigo concreto, relegando aos crimes de perigo abstrato uma exangue presunção absoluta de perigo ou, ainda, à mera violação de um dever, é, sem dúvida, desnecessário e equivocado. A literatura especializada há muito vem tentando resgatar os crimes de perigo abstrato do rol dos tipos-de-ilícito meramente formais e já conta hoje com inúmeras elaborações significativas.⁶⁵ Da proposta de (re)leitura dos crimes de perigo abstrato como presunção relativa de perigo (Schröder), ao perigo abstrato como perigosidade (*Gefährlichkeit*) (Gallas, Giusino, Meyer, Hirsch, Zieschang e Mendoza Buergo), passando pela tomada do perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto (Cramer), como negligência sem resultado (Horn, Brehm, Schünemann e Roxin), ou, ainda, como risco de lesão ao bem jurídico (Wolter e Martin), sem ter sequer de mencionar, por certo, a nossa própria proposta desenvolvida por ocasião da nossa tese doutoral, em que a ofensa de cuidado-de-perigo, correspondente aos crimes de perigo abstrato, surge como uma interferência jurídico-penalmente desvaliosa na esfera de manifestação do bem jurídico,⁶⁶ a ciência jurídico-penal permite hoje afirmar, sem qualquer tipo de receio, a total superação das tradicionais compreensões formal-positivistas dos crimes de perigo abstrato.

Diferente não deve ser o tratamento dado a outras categorias controvertidas do direito penal tradicional cujo interesse e problematicidade têm sido agravados no âmbito do direito penal secundário, como, entre outros, os crimes omissivos próprios e os crimes de resultado cortado. Não acreditamos que a aparente inadequação ou incapacidade explicativa de institutos tradicionais, no que tange principalmente ao direito penal secundário, seja razão suficiente para o seu pronto e fácil afastamento. É evidente que há limites a serem respeitados, sob pena de desconstituição do próprio instituto e é igualmente certo que o direito penal secundário coloca inúmeras dificuldades à manutenção desses limites, porém isso nada mais é do que reflexo das transformações sociais a salientar a dimensão histórica do direito penal. A conclusão sobre o envelhecimento de uma

ciência não se pode dar a partir de uma análise apressada e superficial acerca da sua (in)capacidade em responder aos desafios do seu tempo, mas sim a partir da sua capacidade de superação, aprimorando-se e adequando-se a esses novos desafios. Debruçamo-nos, pois, na busca de soluções que estão muito além da simples e ingênua transposição de categorias historicamente comprometidas ou de um irresponsável niilismo pós-moderno, debruçamo-nos na tentativa de contribuir para uma constante (re)construção do direito penal, tarefa que, sem dúvida, é irrenunciável e está na base de todo saber científico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.

AMELUNG, Knut. Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit. In: *Recht und Moral*. Beiträge zu einer Standortbestimmung, org. por Jung, Müller-Dietz e Neumann, Baden-Baden: Nomos, 1991.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*. 3. Aufl. Leipzig: von Felix Meyer, 1916, v. III.

BIRNBAUM, J. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Archiv des Criminalrechts*, 1834.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DOLCINI, Emilio. Il reato come offesa a un bene giuridico. Un dogma al servizio della politica criminale. In: CANESTRARI, Stefano (org.) *Il diritto penale alla svolta di fine milênio*. Torino: Giappichelli, 1998.

FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito I: un ensayo de fundamentación dogmática*, Buenos Aires: Julio Cezar Faria, 2004.

FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 13. Aufl. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1840.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral* Coimbra: Coimbra Editora, tomo I, 2004.

GÜNTHER, Klaus. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein "Paradigmawechsel" im Strafrecht?. In: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.

HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos, 2003.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Strafrecht*. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte. Frankfurt am Main: Klostermann, 1989.

MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2 (1997).

_____. *Diritto penale*: parte generale. 4. ed. Padova: Cedam, 2001.

_____. Il principio di offensività tra dogmática e politica criminal. In: CANESTRARI, Stefano (org.) *Il diritto penale alla svolta di fine milênio*. Torino: Giappichelli, 1998.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, v. 1, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. Tendências autais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 47, 2004.

ROXIN, Claus. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. *ZStW*, 116 (2004).

SGUBBI, Filippo. *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*. Padova: Cedam, 1975.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: RT, 2004.

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. Berlin: Gruyter, 1969.

¹ Afinal, a recuperação de categorias que muito de si deram ao direito penal nada tem de ultrapassado ou insuficiente, afinal, pela própria natureza das coisas, nunca é o que já foi, mas sempre aquilo que pode ser aos olhos do tempo em que é construído, nos limites precisos do processo de edificação que nos permite a espiral hermenêutica.

² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Diritto penale*: parte geral Coimbra: Coimbra Editora, tomo I, 2004, p.109 (grifo do autor).

- ³ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, *passim*.
- ⁴ HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.
- ⁵ ROXIN, Claus. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. *ZStW*, 116 (2004), p. 944.
- ⁶ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: RT, 2004.
- ⁷ Ver, por todos, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, v. 1, 2001, *passim*.
- ⁸ Sobre a vida e obra de Tiberius Decianus, ver SCHAFFSTEIN, Federico. *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*. Tradução Jose Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Civitas, p. 1957; p. 81 et seq.
- ⁹ *Ibid.*, p.100.
- ¹⁰ Cf. MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 430.
- ¹¹ Cf. MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 429.
- ¹² SGUBBI, Filippo. *Responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento*. Padova: Cedam, 1975, p. 7.
- ¹³ FIANDACA, Giovanni. Laicità e beni tutelati. In: *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano: Giuffrè, v. 1, p. 171.
- ¹⁴ MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 430.
- ¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução José de Faria Costa, com ensaios introdutórios de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, VII, p. 75.
- ¹⁶ FARIA COSTA, José de. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 10.
- ¹⁷ SGUBBI, *op. cit.*, p.16.
- ¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 14 et seq.
- ¹⁹ O que não significa, por certo, que toda violação de um direito subjetivo implique a existência de um ilícito penal. Aqui, oportuna a observação de Sgubbi ao salientar o caráter excepcional da intervenção penal (*op. cit.*, p.18).
- ²⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 43.
- ²¹ FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 13. Aufl. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1840, p. 41 (§19: *Aus obiger Deduction ergibt sich folgendes höchste Princip des peincl. Rechts: Jede rechtliche Strafe im Staate ist die rechtliche Folge eines, durch die Nothwendigkeit der Erhaltung äusserer Rechte begründeten, und eine Rechtsverletzung mit einem sinnlichen Uebel bedrohenden Gesetzes*).
- ²² *Ibid*, p. 45. (§21. *Dieses [das Verbrechen], im weitesten Sinne, ist daher eine unter einem Strafgesetz enthaltene Beleidigung, oder eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Recht eines Andern widersprechenden Handlung*).
- ²³ COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 45.
- ²⁴ COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 48 et seq.
- ²⁵ Cf. COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 50.
- ²⁶ FEUERBACH, *op. cit.*, p. 48 et seq.
- ²⁷ AMELUNG, Knut. Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit. In: *Recht und Moral*. Beiträge zu einer Standortbestimmung, org. por Jung, Müller-Dietz e Neumann, Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 269.
- ²⁸ AMELUNG, Knut, *op. cit.*, p. 269.
- ²⁹ MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 433.

³⁰ MARINUCCI, DOLCINI, *loc. cit.*

³¹ Esta crítica pode ser encontrada já no célebre trabalho de Birnbaum, ao qual se credita o surgimento do conceito de bem jurídico, muito embora o termo “bem jurídico”, propriamente dito – isto é, a tradução para o português da expressão *Rechtsgut* –, tenha sido primeiramente utilizada por Binding, na primeira edição do *Die Normen*, em 1872 (assim, COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 64 *et seq.*). Observava Birnbaum que, se o perigo é uma situação na qual temos a perda ou a privação de um bem, é totalmente inadequado falar-se em “perigo de um direito” (*Rechtsgefahr*), pois o que estaria em questão é a perda ou privação do objeto do nosso direito, e não o direito em si, insuscetível de ser, *in casu*, reduzido ou suprimido. Inadequação esta que, embora perceptível também nos crimes de lesão – quando então se falaria em “lesão a um direito” (*Rechtsverletzung*) –, vista da perspectiva das situações de perigo, revela-se com ainda maior clareza (BIRNBAUM, J. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Archiv des Criminalrechts*, 1834, p. 172).

³² Birnbaum acreditava que os valores suscetíveis de tutela poderiam advir de uma dimensão natural ou dimensão comunitária, ou seja, poderiam ser dados pela natureza ou ser encontrados no desenvolvimento da sociedade (BIRNBAUM, J., *op. cit.*, p. 177).

³³ BIRNBAUM, J., *op. cit.*, p.172; p. 175 *et seq.*

³⁴ *In verbis*: “dass als Verbrechen nach der Natur der Sache oder als vernunftgemäss im Staate strafbar jede dem menschlichen Willen zuzurechnende Verletzung oder Gefährdung eines durch die Staatsgewalt Allen gleichmässig zu garantierenden Gutes anzusehen sein...” (BIRNBAUM, J., *op. cit.*, p. 179).

³⁵ Para mais detalhes, cf. AMELUNG, *op. cit.*, p. 269 *et seq.*

³⁶ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 110; e, do mesmo autor: *Temas básicos da doutrina penal*. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43 *et seq.*

³⁷ BIRNBAUM, *op. cit.*, p. 178. Sobre a questão, ver, também, AMELUNG, *op. cit.*, p. 270; GÜNTHER, Klaus. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein “Paradigmawechsel” im Strafrecht?. In: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995, p. 452 *et seq.*

³⁸ MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 434. Ver, também, COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 53 *et seq.*

³⁹ Em referência crítica sobre a nossa compreensão, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *op. cit.*, p.290.

⁴⁰ BIRNBAUM, *op. cit.*, p. 178.

⁴¹ Para Binding, bem jurídico é tudo aquilo que, aos olhos do legislador, é valorado como condição de vida saudável da comunidade jurídica, em cuja conservação inalterável e imperturbável a comunidade tem interesse, e que, por isso, através de uma norma, busca evitar uma indesejada lesão ou pôr-em-perigo (BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*. 3. Aufl. Leipzig: von Felix Meyer, 1916, v. III, p. 353 *et seq.*). Para uma cuidada análise da compreensão do bem jurídico em Binding, ver COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 61 *et seq.*

⁴² FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 110 *et seq.*

⁴³ Sobre o direito penal nacional-socialista, cf. GÜNTHER, *op. cit.*, p. 452 *et seq.*; COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 68 *et seq.*, nota 86; MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 438 *et seq.*; FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*: un ensayo de fundamentación dogmática, Buenos Aires: Julio Cezar Faria, 2004, p. 31 *et seq.*; entre nós, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de, *op. cit.*, p. 94 *et seq.*

⁴⁴ Neste exato sentido, porém em referência à Constituição italiana, afirmam MARINUCCI e DOLCINI que, na proposta de Estado delineada na Constituição de 1948, isto é, em um Estado pluralista, laico, inspirado em valores de tolerância, no qual todo o poder emana do povo e que reconhece no homem a sua dignidade e um conjunto de direitos invioláveis, “num Estado desta natureza, dizíamos, o direito penal não pode perseguir fins transcendentais ou éticos; não pode degradar o homem à condição de mero “objeto de tratamento” pelas suas presumíveis tendências anti-sociais, nem pode fazer assentar o crime em meras atitudes interiores ou na vontade pura e simples – de qualquer maneira manifestada – de desobedecer às leis” (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, 4, 1994, p. 152).

⁴⁵ Nada melhor para exemplificar as tendências autoritárias, revestidas de um colorido democrático que hoje tentam o direito penal que o denominado direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*) de Jakobs (cf. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003; e, de forma crítica,

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. Tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, 2004, p. 31 et seq.).

⁴⁶ O próprio preâmbulo da Constituição Federal brasileira já dá suficiente notícia do modelo de Estado instituído, ou seja, “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1157.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 1168.

⁴⁹ Para maiores detalhes, remetemos o leitor para o nosso *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. *Stvdia Ivridica*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 63 et seq. do manuscrito (no prelo).

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994, p. 123.

⁵¹ *Ibid.*, p. 296 et seq.

⁵² MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 2001, p. 489.

⁵³ Nesse mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 114; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996, p. 58; p. 68.

⁵⁴ MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2 (1997), p. 323. Do mesmo autor, ver, também, *Diritto penale: parte generale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2001, p. 196; Il principio di offensività tra dogmática e politica criminal. In: CANESTRARI, Stefano (org.) *Il diritto penale alla svolta di fine milênio*. Torino: Giappichelli, 1998, p. 251.

⁵⁵ MANTOVANI, Ferrando, *op. cit.*, 1997, p. 323 et seq.

⁵⁶ Recepcionando a ofensividade como princípio não sujeito à derroga, FIORE, Carlo. Il principio di offensività. *L'Indice penale*, (1994), p. 279; MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 2001, p. 559; p. 254; DOLCINI, Emilio. Il reato come offesa a un bene giuridico. Un dogma al servizio della politica criminal. In: CANESTRARI, Stefano (org.) *Il diritto penale alla svolta di fine milênio*. Torino: Giappichelli, 1998, p. 214 et seq.

⁵⁷ FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 621, nota 130. Nesse sentido, ver também KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Strafrecht*. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte. Frankfurt am Main: Klostermann, 1989, p. 168; e D'AVILA, *op. cit.*, p. 104, nota 42, do manuscrito.

⁵⁸ BORGES, Anselmo. O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1 (2000), p. 21.

⁵⁹ Acompanhamos a compreensão de direito penal elaborada e desenvolvida por José de Faria Costa, em *O Perigo em direito penal*, para onde remetemos o leitor interessado em um desenvolvimento acurado (FARIA COSTA, *op. cit.*, *passim*). Ver, também, do mesmo autor, *Ílícito típico, resultado e hermenêutica*. Ou o retorno à limpidez do essencial. Seminário internacional de Direito Penal. Universidade Lusíada, Lisboa: Universidade Lusíada, março de 2000.

⁶⁰ FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 7.

⁶¹ Assim, FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 23. Como bem afirma Lampe, existem duas formas de se pensar o ordenamento jurídico-penal: ou se parte da pena, das conseqüências da regulamentação, em uma orientação tipicamente funcionalista, ou se parte do ilícito penal, dando origem às concepções de base ontológica (LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, 16 (2004), p. 31 et seq.).

⁶² WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. Berlin: Gruyter, 1969, p. 75.

⁶³ D'AVILA, *op. cit.*, p. 114, nota 64, do manuscrito.

⁶⁴ FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 642 et seq.

⁶⁵ Para uma breve exposição de todas estas elaborações, cf. D'AVILA, *op. cit.*, p. 118 et seq., do manuscrito.

⁶⁶ D'AVILA, *op. cit.*, p. 172 et seq., do manuscrito.

CRIME AS AN OFFENSE TO PROPERTY. ELEMENTS FOR LEGITIMATING SECONDARY CRIMINAL LAW.

ABSTRACT

The idea of crime as an offence to property finds in secondary Criminal Law (*Nebenstrafrecht*) a hostile environment but, in an apparent contradiction, also refers to one of the legality areas it has more to offer to. This issue deals with a political and ideological matter which reflects a way of assessing criminal law and crime that is not only appropriate, but also inherent to the legal democratic and social State, and which, once adopted by the Constitution, makes offence to any property a non-refusable exigence to legitimate any offence.

KEYWORDS: Property. Secondary criminal law. Legal democratic and social State. Crime.

LE MODÈLE DE CRIME COMME INFRACTION AU BIEN JURIDIQUE. ÉLÉMENTS POUR LA LÉGITIMATION DU DROIT PÉNAL SECONDAIRE.

RÉSUMÉ

Le modèle de crime comme infraction au bien juridique trouve dans le droit criminel secondaire (*Nebenstrafrecht*) un environnement hostile, bien que, dans un évident paradoxe, aussi il y trouve l'un des espaces de légalité où il a plus à offrir. Il s'agit d'une projection principale sur les bases politique et idéologique qui reflètent une forme de penser le droit criminel et le phénomène criminel non seulement adaptée, mais aussi bien intrinsèque au modèle d'État démocratique et social de droit, et que, une fois adoptée dans la Constitution, soit dans le contexte des principes, soit dans des règles constitutionnelles, transforme toutes les atteintes aux biens juridique-pénaux une exigence majeure pour l'occurrence de tout illicite pénal.

MOTS-CLÉS: Bien juridique. Droit pénal secondaire. État démocratique et social de Droit. Crime.

A AGONIA DE UM MODELO DE ESTADO

Fernando Basto Ferraz*

RESUMO

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Sua ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna. Muitos aspectos de tais direitos, aparentemente, ainda não saíram do plano das intenções do legislador constituinte originário. A má distribuição da riqueza nacional, fruto de uma política econômica questionável, mantém baixo o índice de crescimento (com desenvolvimento) do Brasil, sem conseguir absorver toda a mão-de-obra que anualmente é lançada no mercado. Nem a adoção de programas sociais como o *Bolsa-Família*, nem os benefícios fortemente subsidiados pagos pela Previdência Social têm conseguido amenizar as tensões sociais, agravando a crise que aparentemente harmoniza o binômio ‘corrupção versus impunidade’. A salvação da democracia brasileira “*é mais democracia, não menos democracia*”, com educação de igual qualidade para todos, e com a adoção do exercício de direitos próprios da democracia direta no sistema representativo, através da democracia participativa.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Poder. Democracia. Crise. Constituição. Economia. Desigualdades.

“(…) Se alguém insiste em não entender, é porque não entende o Brasil. Alguém não entende o Brasil? Por favor, alguém aí entende o Brasil? Pelo amor de Deus: alguém aí pode explicar o Brasil?”¹

* Advogado. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Pós-Graduado em Educação, com Especialização em Ensino pela UFPI. Professor Adjunto IV do Curso de Direito da UFC e dos Cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Christus e da Faculdade Farias Brito – FFB.

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição Federal de 1988. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. A nossa ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar, a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (CF/88, art. 1º e seu parágrafo único; e art. 170). Tendo transcorrido quase vinte anos de sua promulgação, em muitos aspectos tais direitos aparentemente ainda não saíram do plano das intenções do legislador constituinte originário.

Nosso país tem passado por grandes transformações, enfrentado enormes desafios para se firmar no cenário internacional como um Estado Democrático de Direito compatível com a Constituição Federal que o prevê. Esta, porém, não tem sido tarefa fácil de se cumprir em função, sobretudo, dos desdobramentos sociais causados pela má distribuição da sua riqueza, fruto de uma política econômica questionada uma vez que incentiva a concentração da renda, apesar de atualmente se sustentar pelo controle dos gastos públicos, regime de metas de inflação e câmbio flutuante. O baixo índice de crescimento do Brasil não tem conseguido absorver toda a mão de obra que anualmente é lançada no mercado. Além disso, o Estado brasileiro não tem sido capaz de aplacar a crise permanente dos escândalos que se sucedem protagonizados quase sempre por aqueles que exercem o poder em nome do povo.

Em curto espaço de tempo, vimos um presidente da República ser afastado de suas funções por crime de responsabilidade, deputados federais envolvidos em corrupção, como os dos “anões do orçamento”, “mensalão”, e “escândalo das ambulâncias”. No Senado Federal, perderam mandato senadores envolvidos com violação de resultados de votação em seu painel eletrônico. No âmbito do poder Executivo, até ministros da República têm sido afastados de suas funções com relativa regularidade depois que são descobertos seus envolvimento com atividades irregulares incompatíveis com suas funções; governador de Estado perdeu seu mandato depois de comprovado abuso de poder econômico em sua campanha de reeleição; alguns prefeitos também têm perdido seus mandatos depois de comprovado seu envolvimento em corrupção. Recentemente, por imposição do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário passou a não mais tolerar a prática do nepotismo. Este país tem jeito?

A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da nossa Carta Magna (CF/88, art. 18). Constituem poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (CF/88, art. 2º). O poder, porém, é uno. Dividem-se os órgãos que

o compõem. A propósito, Paulo Bonavides salienta que “o poder do Estado na pessoa de seu titular é indivisível: a divisão só se faz quanto ao exercício do poder, quanto às formas básicas de atividade estatal (...) Há Estado desde que o poder estatal esteja em condições de elaborar ou modificar por direito próprio e originário uma ordem constitucional”.²

O poder é elemento essencial do Estado. Há autores, como Burdeau, que chegam a afirmar que o Estado é a institucionalização do poder, é dizer, o Estado é o poder. Para a compreensão do Estado, porém, interessa mais diretamente o poder político que, por sua vez, é exercido no Estado e pelo Estado.³

Norberto Bobbio, aliás, observa: “aquilo que o ‘Estado’ e ‘política’ têm em comum (e é inclusive a razão da sua intercambialidade) é a referência ao fenômeno do poder (...). Não há teoria política que não parta de alguma maneira, direta ou indiretamente, de uma definição de ‘poder’ e de uma análise do fenômeno do poder”.⁴

Questiona-se se os poderes da União são, de fato, independentes e harmônicos entre si, em função da hipertrofia do poder executivo que abusa na edição de medidas provisórias, sob o frágil e subjetivo argumento constitucional de casos de relevância e urgência (CF/88, art. 62). Além disso, há dúvidas quanto à intenção das ações daqueles que em nosso sistema político representativo exercem o poder em nome do povo que os elegem. Afinal, pautam seu comportamento com transparência, ética e coerência com os princípios e compromissos assumidos durante sua campanha eleitoral? No exercício do poder sempre tomam decisões na busca do bem comum? Com frequência, facilmente se percebe que não. Muitos dos que são eleitos têm sua campanha política financiada por grupos econômicos e, uma vez eleitos, passam a defender não os interesses do povo, mas os interesses daqueles que passam a se comportar (nem sempre a luz do dia) como seus patrões, ou ‘*donos*’ de seu ‘*passé*’, isto é, mandato.

O poder verdadeiro, na expressão de Leonardo Boff, “é aquele que reforça o poder da sociedade e assim propicia a participação de todos. Os portadores de poder nunca devem esquecer o caráter simbólico de seu cargo. Neles, os cidadãos depositam seus ideais de justiça, equidade e inteireza ética. Por isso devem viver na vida privada e publicamente os valores que representam para todos. Quando não há essa coerência, a sociedade se sente traída e enganada. Quem ambiciona excessivamente o poder é o menos indicado para exercê-lo. Bem disse S. Gregório Magno, papa e prefeito de Roma: ‘Usa sabiamente o poder quem sabe geri-lo e, ao mesmo tempo, sabe resistir a ele’”.⁵

Merecem registro as *democracias delegativas*, que se constituem em ‘um novo’ tipo/modelo de democracia. Trata-se de um fenômeno que vem ocorrendo em países da América Latina recentemente (desde 1991) saídos de regimes autoritários, segundo o cientista político Guillermo O’Donnell.⁶ Elas se fundamentam em uma premissa básica: quem ganha a eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente, e, na medida em que as relações de poder existentes permitam, até o final de seu mandato.

O presidente é, assim, a encarnação da nação, o principal fiador do ‘interesse maior da nação’, que cabe a ele definir. O que o presidente faz no governo não precisa guardar nenhuma semelhança com o que ele disse ou prometeu durante a campanha eleitoral – afinal, ele foi autorizado a governar como achar conveniente. Os candidatos presidenciais vitoriosos nas *democracias delegativas* se apresentam como estando acima de todas as partes, isto é, dos partidos e dos interesses organizados (...). Como poderia ser de outra forma para alguém que afirma encarnar o conjunto da nação?⁷ Por qual razão este tema – *democracia delegativa* – nos faz lembrar do Brasil?...

Em grau de importância, onde fica o atendimento dos interesses e das necessidades do povo brasileiro – titular do poder, quase sempre tão mal representado quer no parlamento, quer no poder executivo? Para Friedrich Müller “a dominação no Estado é governo de um grupo, nunca é realmente o governo de todos, quer dizer, da população ‘*sobre si mesma*’. No Estado Constitucional Democrático o governo é, conforme se afirma, de todos (governo do povo), mas ‘*povo*’ não é ‘*população*’. O conceito ‘*povo*’ é seletivo em elevado grau”. Paulo Bonavides indaga: “quem é o povo, e onde está o povo, nessa forma de organização em que o ente político é objeto e não sujeito, e se viu privado, pela extorsão política, da titularidade de suas faculdades soberanas? Ninguém sabe responder”.⁸

Müller acrescenta: “Povo’ não deve funcionar como metáfora; o povo deve poder aparecer como sujeito político empírico. A concepção não necessita do “povo” como expressão que não obriga a nada e cobra tudo; ela não necessita de nenhuma ‘vontade geral’ que não se deixasse verificar e identificar na política empírica, mas de um ‘povo’ que possa, no plano das instituições, efetivamente entrar em cena como destinatário e agente de controle e de responsabilidade: eleição/destituição do mandato por votação, bem como votação livre como componente democrático do cerne da Constituição.”

Resta-nos lembrar de que institutos da democracia direta foram instituídos no sistema representativo brasileiro em nossa Constituição Federal, ao tratar do exercício direto da vontade popular (§ único do art. 1º), além das técnicas participativas dessa vontade popular, através do plebiscito, do *referendum* e a iniciativa popular (art. 14). Tem razão Paulo Bonavides quando afirma que “a fidelidade aos artigos 1º e 14 da Constituição, que ora se impetra, configura, sem dúvida, o começo de uma antecipação material da democracia participativa, democracia de liberdade e libertação. O caminho para fazê-la vingar entre nós, o mais cedo possível, é a inauguração no magistério acadêmico e na vida pública de um Direito Constitucional de luta e resistência, de conscientização de que os conflitos constitucionais gerados pelas medidas provisórias e pelos desacatos às sentenças judiciais são um cálculo de desorganização jurídica e moral da sociedade para extinção do regime e das instituições.”⁹

Acrescenta ainda: “a teoria da democracia participativa é a teoria do constitucionalismo de emancipação. Teoria radicalmente nacional e patriótica, como convém nesta época de reptos e desafios à sobrevivência da República,

maiormente numa quadra em que a globalização e o neoliberalismo dissolvem os valores da sociedade democrática e constitucional e conjuram por uma sociedade recolonizada e submissa ao capital internacional”.¹⁰

A propósito dos referidos parágrafo único do art. 1º e art. 14 da Carta Magna em vigor, como instrumentos da democracia direta no Brasil, Dimas Macedo entende que “isso é apenas uma forma de participação legislativa, que de plano menospreza ou ignora os institutos da participação administrativa e da judicial”.¹¹ Ele, contudo, propõe que a Democracia Direta “venha a constituir uma alternativa autenticamente democrática e popular e que (...) possa se viabilizar através da criação de institutos como o referendo popular sobre o conteúdo da própria revisão da Constituição e a iniciativa popular sobre o poder de Emendas, a ação popular direta de declaração de inconstitucionalidade e o veto popular sobre projetos de lei aprovados pelo Poder Legislativo e, principalmente, a revogação ou destituição de mandatos, para aqui nos valermos do velho *recall* americano”.¹² No disciplinamento da Democracia Direta, Dimas Macedo ainda propõe “o alargamento do *impeachment* das autoridades administrativas e dos agentes políticos, abrangendo inclusive os magistrados e os titulares de poder delegado, aplicando-se à função judicante o exercício do mandato eletivo, conforme o modelo adotado por várias Constituições contemporâneas”.¹³

Não há democracia sem cidadania, e cidadania se exerce tendo seus direitos e garantias individuais assegurados por uma constituição discutida e aprovada pelos representantes do povo, reunidos em assembléia nacional constituinte. A nossa Constituição Federal de 1988 em vigor foi promulgada nestas circunstâncias. Então, por qual razão o Estado brasileiro crescentemente vem se afastando, através de ações concretas, de suas funções básicas, garantidas constitucionalmente? Há uma sensação de que o *liberalismo* ressurge no Brasil travestido do fenômeno que passou a ser chamado de *neoliberalismo*. Existe, contudo, uma grande distinção entre ambos. Enquanto o *liberalismo* pregava a liberdade das pessoas frente à opressão do Estado absolutista, o *neoliberalismo* prega a liberdade do capital, que só possui compromisso com o lucro. Nesta nova ordem mundial, que o Brasil abraçou com entusiasmo, os direitos e garantias fundamentais, principalmente os direitos sociais, com ela se tornam incompatíveis, uma vez que prega a dignidade da pessoa humana, embora tente conciliar como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o que historicamente é impossível: ‘os valores do trabalho e da livre iniciativa’. (CF/88, item IV, art. 1º). A sensação, portanto, é de abandono do Estado nas áreas de transporte, saúde, segurança, além da falta de manutenção de uma educação pública de qualidade. Impressiona a distância que tem separado esta realidade do que se apregoa na mídia como realizações de governo em suas atribuições próprias no exercício do poder. Quando ouvimos, lemos ou assistimos aos informativos publicitários do governo, às vezes dissimulados no meio do noticiário televisivo, nos questionamos sobre qual país a notícia se refere. Para tanto, basta observar, com os olhos de quem quer ver, as condições de vida, as necessidades, os temores, o medo, insegurança com que a sociedade hoje vive no Brasil.

Convém mais uma vez lembrar que ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, a Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 170 que a ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, deve ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional, na propriedade privada, na função social da propriedade, na livre concorrência, na defesa do consumidor, na defesa do meio ambiente, na redução das desigualdades regionais e sociais, na busca do pleno emprego, além de dar tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. As dificuldades começam em conciliar a valorização do trabalho humano com a livre iniciativa, sem falar nas barreiras políticas e econômicas que, na prática, retardam a redução das desigualdades regionais e sociais no Brasil.

Aparentemente, as desigualdades regionais brasileiras ainda continuam sendo um problema da sociedade nacional. Celso Furtado nos lembra que o processo de desenvolvimento, que é desigual e combinado, no caso brasileiro, é agravado pela ‘herança regional’, determinada pela nossa evolução histórica. *“A medula dessa questão é a seguinte: o Brasil é um extenso território ocupado de modo irregular, apresentando combinações diversas de fatores e recursos, em sistemas econômicos com distintas potencialidades; desenvolver simultaneamente esses sistemas significa dividir em demasia os recursos e reduzir a intensidade média de crescimento do conjunto. Verifica-se, assim, que é necessário concentrar os recursos escassos nas regiões de maiores potencialidades, a fim de criar um núcleo suficientemente poderoso que sirva de base do desenvolvimento das outras regiões. Mesmo reconhecendo alguma verdade nessa idéia, a formulação geral do problema me parece incorreta. Abandonar regiões de escassos recursos e com rápido crescimento da população é permitir que se criem graves problemas para o futuro do país. Em um plano de desenvolvimento é necessário considerar em conjunto toda a economia nacional”*.

O desenvolvimento é um fenômeno com dimensão histórica: cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos.¹⁴ Não existem fases de desenvolvimento pelas quais, necessariamente, passam todas as sociedades, seguindo os moldes da industrialização européia. O subdesenvolvimento é uma condição específica da periferia, não uma etapa necessária do processo de ‘evolução natural’ da economia. O desenvolvimento e o subdesenvolvimento são processos simultâneos, que se condicionam e interagem mutuamente.¹⁵

Para Celso Furtado, *“o subdesenvolvimento é, portanto, um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual tenham, necessariamente, passado as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento”*.¹⁶

A economia subdesenvolvida não deve também ser considerada isoladamente do sistema de divisão internacional do trabalho em que está situada. A passagem do subdesenvolvimento para o desenvolvimento só pode ocorrer em processo de ruptura com o sistema, internamente e com o exterior, afinal, *“em suas raízes, o subdesenvolvimento é um fenômeno de dominação, ou seja, de natureza cultural e política”*.¹⁷

As seqüelas proporcionadas por uma política econômica dependente do capital financeiro internacional, fortalece a afirmação de Cristovam Buarque de que “o mais forte traço característico do planeta que o Brasil reproduz é a existência de um sistema de *aparatação* social de sua população”¹⁸. Enquanto o *apartheid*, criado na África do Sul decorreu da falta de sintonia entre o projeto social que a minoria branca importou da Europa e a realidade social, cultural e econômica da sociedade nativa, no Brasil a *aparatação* teve a mesma causa, ainda que o processo tenha seguido rumos diferentes. O modelo europeu implantou-se eliminando a maior parte da cultura e da própria população indígena. Para realizar o trabalho braçal, a sociedade européia importou da África mão-de-obra escrava. O fim da escravidão levaria a um de dois caminhos: a integração social de todos os habitantes em um projeto unitário de nação, ou o desenvolvimento separado nos moldes da África do Sul”.¹⁹ No Brasil, “diferentemente dos países europeus, dos quais importamos o modelo econômico, a democracia política não serviu para distribuir a renda e mudar o projeto social. Ao contrário, a democracia não fez ainda qualquer gesto social em direção a uma sociedade sem *aparatação*; serviu para que os grupos corporativos, inclusive sindicatos de trabalhadores, mantivessem os privilégios e até os ampliassem. Em vez de se modificarem a economia e o destino da sociedade, a *aparatação* se consolidou como alternativa para continuar no erro. Na realidade, é na democracia política que a *aparatação* está sendo explicitada”.²⁰

Contrastando com a África do Sul, que implantou a ditadura dos brancos para garantir a desigualdade e explicitar a diferença, segundo Cristovam Buarque²¹, no Brasil a ditadura dos ricos serviu para ampliar a desigualdade e construir e consolidar a diferença.

Gilberto Dimenstein observa que “o subdesenvolvimento acentuado a que estão submetidas as populações do Norte e do Nordeste não é o resultado de uma fatalidade ou patologia: é o resultado da manutenção de um autoritarismo social mediante a complexa interação entre o controle de instituições políticas (representação, acesso à mídia, instituições judiciais, polícia) e o controle de recursos econômicos (empresas favorecidas por subsídios e empréstimos estatais, apropriação privada dos recursos do Estado por meio da corrupção) por parte de oligarquias políticas. (...) Pobreza, analfabetismo, endemias são produto da continuada presença das elites tradicionais e autoritárias na atual consolidação democrática. Tais elites, não submetidas ao controle das ‘não-elites’, muitas vezes se valem sistematicamente da violência ilegal e até mesmo do terror, como se vê aqui nos conflitos rurais. A não-transparência, a não-*accountability* e a impunidade são os pilares da dominação política e econômica tradicionais. Com a ajuda do monopólio da mídia eletrônica, tornam o requisito da transparência impossível e impedem o fortalecimento das instituições democráticas.”²²

Contudo, a adoção de programas sociais como o *Bolsa-Família* e os benefícios fortemente subsidiados pagos pela Previdência Social têm sido apontados como os principais responsáveis pelo “crescimento chinês” na renda dos mais pobres no Brasil. Estudo do Banco Mundial mostra que, em termos quantitativos,

o Brasil tem o mais amplo e bem focalizado programa de transferência de renda da América Latina. Mas, em termos qualitativos, temos algo a aprender com alguns vizinhos, como o Chile, que criou um programa que dá atenção especializada para ajudar os beneficiados a ingressar no mercado de trabalho.²³

Apesar de deixar de fora de todos os seus programas de transferência de renda, segundo a PNAD de 2004, pesquisa anual do IBGE, quase a metade da população que vive com menos de um quarto de salário mínimo per capita, o Brasil aparece com o maior percentual de benefícios (73%) do *Bolsa-Família* chegando efetivamente aos 20% mais pobres. Em seguida aparecem Chile (58%), Nicarágua (55%), Honduras (43%), República Dominicana (35%), México (32%) e Argentina (32%)²⁴. Critica-se, todavia, o *Bolsa-Família* afirmando que onde ela chega, faltam investimentos que poderiam emancipar economicamente os pobres. O excesso de filhos e a precariedade das chamadas condicionalidades do programa também são barreiras. Muitos são os argumentos prós e contra a profusão de programas sociais de iniciativa do governo federal. Os extremos vão do combate à fome ao risco de explosão fiscal, passando pelo assistencialismo eleitoreiro. Para José Márcio Camargo, economista da PUC-Rio, “o *Bolsa-Família* custa hoje menos de 0,5% do PIB e é, na sua opinião, um dos mais bem implementados em todo o mundo”. Embora a curto prazo, sem o *Bolsa-Família* haveria muito mais fome não fosse esse dinheiro. Argumenta-se ainda que sem mais investimentos em infra-estrutura e no controle da natalidade, a sensação, forte, é de ‘enxugar gelo’”.²⁵

A grande mídia brasileira, embora reconheça que o Brasil reduziu seu grau de vulnerabilidade externa mediante o aumento do superávit comercial e a redução da dívida pública, tem afirmado que nosso país ainda não equacionou seu problema de falta de dinamismo. Alega-se que as taxas de juros são mantidas em patamares absurdos, que inibem o consumo e o investimento. “O renitente superávit fiscal, sustentado na elevação da carga tributária a nível intolerável e preservando de corte os gastos correntes, limita a capacidade de investimento público em infra-estrutura e sufoca o setor privado”.²⁶

Economistas que criaram o plano real possuem opiniões próprias sobre como reduzir o custo do dinheiro e atrair novos investimentos. Para Armínio Fraga, por exemplo, “a principal distorção da atual cena econômico-financeira do Brasil é o altíssimo nível das taxas de juros”. Isso se deve, entre outros motivos, ao ainda elevado risco de investir no país. Há, contudo, um consenso entre eles de que o atual modelo e seu tripé de sustentação – controle dos gastos públicos, regime de metas de inflação e câmbio flutuante – precisam ser mantidos, pois seu abandono traria incertezas, os juros subiriam e projetos voltariam a ser engavetados.²⁷

Admitindo que o Brasil se tornou uma democracia de massas, Maílson da Nóbrega observa que “no passado, a política econômica mirava essencialmente o crescimento, com pouca ou nenhuma preocupação com os riscos de inflação. Os benefícios iam para a minoria, isto é, os grupos que apoiavam politicamente

o governo e o nacional-desenvolvimentismo, enquanto os custos eram transferidos aos pobres, que não tinham voz. Agora, a maioria tem o poder de decisão pelo voto. A política econômica passou a ser conduzida com um olho no eleitor médio, o que introduziu a preocupação com a estabilidade. Guinadas populistas podem ser punidas com a queda de popularidade do governo e do presidente, ameaçando planos de reeleição do titular ou de eleição de quem ele apoiar para ser o seu sucessor.”²⁸ O novo modelo de desenvolvimento que defende para o Brasil, e que acredita esteja nascendo em nosso país, inclui democracia, economia orientada pelo mercado ancorada em fortes instituições, e em políticas sociais focalizadas nos segmentos menos favorecidos.²⁹

Nosso país hoje tem sua economia atrelada às leis de mercado. “O vínculo atual entre soberania do mercado e democracia liberal é um vínculo forçado, ‘ideologizado’, por uma racionalização comprometida com uma visão de mundo que optou pelos valores do mercado em oposição aos valores básicos do humanismo moderno”.³⁰

Conforme enfatiza Hobsbawm, “a soberania do mercado não é complemento da democracia liberal – é uma alternativa a ela. De fato, é uma alternativa a todo tipo de política, na medida em que nega a necessidade de serem tomadas decisões políticas, que são precisamente as decisões a respeito de interesses comuns ou de grupos, contrapostos à soma de opções, racionais ou não, de indivíduos que se norteiam por suas preferências particulares. A participação no mercado substitui a participação na política. O consumidor toma o lugar do cidadão”.³¹

A propósito, há quem diga que vivemos hoje a era do hiperconsumo. Trata-se de uma “fase iniciada nas duas últimas décadas do século 20, em que o consumo se associa de forma cada vez mais forte a critérios individuais. A satisfação corporal e estética de cada um se sobrepõe à busca pela aparência de classes sociais mais altas. A curiosidade se torna uma paixão, e cria-se uma nova relação emocional entre indivíduos e mercadorias. As marcas se fortalecem de forma independente dos produtos, como a Benetton, num processo chamado ‘branding’. O produto deixa de ser vendido e dá lugar a um conceito, um estilo de vida associado à marca, que são representadas por slogans em marcas de alcance mundial ‘Just do it’ (Nike) ou ‘Think different’ (Apple). A ansiedade pelo consumo cresce, juntamente com a necessidade de consumir. O hiperconsumismo passa a ser visto como uma forma de lutar contra a fatalidade natural da vida, como um antidestino”.³² Vivemos em uma sociedade de consumo, estimulada para o consumo, em que facilmente transforma o desejo (do consumo) em necessidade. Basta ver a quantidade crescente de pessoas que circulam – e consomem – diariamente nos shopping centers espalhados nas grandes e médias cidades brasileiras! Aos poucos, maior número de jovens brasileiros desconhecem o cheiro de sua própria cidade, uma vez que parcela significativa desses jovens está deixando de frequentar o centro da cidade. Também desconhecem o cheiro do povo do qual fazem parte, já que estão acostumados ao cheiro característico,

uniforme, climatizado, dos *'currais de consumo'*, representados pelos shopping centers em que facilmente se adaptaram, deles se tornando dependentes.

Este perfil consumista da sociedade contemporânea aparentemente se acentuou, sobretudo com o fim do mundo bipolar (capitalismo e socialismo), representado pela queda do muro de Berlim, ocorrida em 1989. Indagado sobre o que é ser um socialista hoje, Ricardo Lagos, ex-presidente do Chile, respondeu:

Socialista é aquele que acredita na liberdade e em um estado crescente de igualdade. Há 300 anos, a diferença decorria de ser ou não dono da terra. E havia a luta pela terra. Há cerca de 150, Marx disse que só interessava quem tinha o controle dos meios de produção. E a luta era por quem dominaria os operários. Não é mais assim. A maior fortuna do mundo, a de Bill Gates, não vem dos meios de produção, e sim das idéias. Hoje, o acesso à informática é determinante. Ser socialista é diferenciar pela educação, aplicar recursos para que a igualdade de oportunidades em educação seja real (...) Como antontem pela terra, ontem lutávamos pelos meios de produção, hoje devemos lutar por educação de igual qualidade, ajudando mais quem mais precisa. A direita acha que devemos dar tudo igual, preservando as desigualdades já existentes.³³

A luta por *uma educação de igual qualidade* pressupõe em poder contar com um Estado que priorize uma educação pública de qualidade que seja capaz de produzir conhecimento, pesquisa e riqueza, fortalecendo alternativas positivas para o seu próprio destino, além de possibilitar ascensão social a muitos brasileiros, especialmente aqueles que nasceram no seio de famílias de baixa renda. Por mais importante e eficiente que o ensino privado seja, não supre plenamente o papel histórico reservado ao Estado como gestor no campo educacional.

Celso Furtado salienta que “quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas da simples modernização. Com a modernização, mantém-se o subdesenvolvimento, agravando a concentração de renda. Ocorre assimilação do progresso técnico das sociedades desenvolvidas, mas limitada ao estilo de vida e aos padrões de consumo de uma minoria privilegiada. Embora possa haver modernização não contribui para melhorar as condições de vida da maioria da população”.³⁴

A salvação da democracia brasileira “é *mais democracia, não menos democracia*; precisamente para que os limites à autonomia e à liberdade, que devem existir em qualquer ordem, funcionem agora como *limites* às demandas do cidadão-economicista, e como *reforços* do protagonismo do cidadão-político, que quer ser sujeito do seu futuro e ajudar a construir o futuro do outro”.³⁵

É bem verdade que “fomos, em nossas nascentes, um constitucionalismo sem povo, sem poder constituinte, sem tradição revolucionária, sem origem

nem unidade de pensamento e ação. Poder que já emergiu tolhido, preso à vontade suprema e inarredável de um príncipe” (Paulo Bonavides). Também é inegável que “a questão social no Brasil não é caso de polícia. É caso de política” (Frei Betto). Se, de fato, “socialmente, o Brasil é o país mais injusto do mundo” (Paulo Bonavides), só nos resta defender e lutar para que nosso amado país não oscile sobre qual caminho trilhar nos desafios que o destino lhe tem imposto: enquanto Estado de Direito, “ou é Estado de Direito democrático e social ou será um Estado de legalidade reduzido a um esqueleto constituído por princípios e regras formais”,³⁶ pois a história tem mostrado que “o Estado de direito pode pouco em situações de fraqueza ou ausência do Estado. A soberania do Estado queira-se ou não, garante alguma *ordem e paz* no plano interno, a ordem e paz indispensáveis à aplicação e observância das regras do Estado de Direito”.³⁷

Uma parte da intelectualidade não cansa de reiterar que a ‘democracia está em crise’. “É certo que o *regime democrático* está em crise, pela forma histórico-concreta que a idéia democrática adquiriu, mas a sentença ‘a democracia está em crise’ não é nada verdadeira quando pretende se referir à crise da *idéia democrática*: não há crise da vontade de liberdade política dos modernos nem da pretensão de igualdade”.³⁸

A agonia de um modelo de Estado que testemunhamos nos dias atuais haverá de levar consigo as práticas deploráveis de exercício do poder em que ‘os fins justificam os meios’, onde convivem em aparente harmonia o binômio ‘corrupção *versus* impunidade’, proliferando no país a erva daninha do crime organizado, da formação de quadrilha, do tráfico de influência, do nepotismo, parlamentares envolvidos com a venda de seus votos, prefeitos desviando renda escolar... Diante da indignação, da intolerância e reação que tais práticas hoje causam na sociedade, é possível que esta fase deplorável da política brasileira ceda lugar à construção de um novo país que seja motivo de orgulho, sobretudo para nossos descendentes. Eles, como nós, poderão viver em um país que seja dono de seu próprio destino, exercendo direitos próprios da democracia direta no sistema representativo, com a adoção crescente da democracia participativa... *O sonho não acabou.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANGELOPOULOS, Angelos. *Planisme et progrès social*. Paris: L.G.D.J., 1953
- PREBISCH, Raúl. *Dinâmica do desenvolvimento latino-americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1968.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.
- BOFF, Leonardo. Do exercício do poder. *Jornal O Povo*, Fortaleza, 6.fev.2004. (falta o número da página)
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BUARQUE, Cristovam. *O que é apartação: o apartheid social no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1993. (Coleção Primeiros Passos.)
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999.
- CANZIAN, Fernando. Bolsa-Família chega até onde governo não leva água. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11.jun.2006, p. B1 e B 8.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- FALTA HORIZONTE. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28.mai.2006. Editorial, p. A2.
- FURTADO, Celso. *Brasil: a construção interrompida*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- _____. *Perspectivas da economia brasileira*, Rio de Janeiro, ISEB (MEC), 1958.
- _____. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. 10. ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000
- _____. *Brasil: a construção interrompida*. 2. ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- GENRO, Tarso. Crise democrática e democracia direta. In: *Democracia e política: filosofia política - série III*, n. 6. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- GOIS, Antônio. Bolsa-Família tem foco, mas não emprega. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28.mai.2006. Caderno Brasil, p. A23.
- GUANDALINI, Giuliano. 5 lições para derrubar o juro e crescer mais. *Revista Veja*, ano 39, n. 20, edição n. 1957, p. 86, 24.mai.2006.
- HOBSBAWM, Eric. A falência da democracia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 9.set. 2001. Caderno Mais!, p. 6.
- MACEDO, Dimas. *Política e constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2004.

NÓBREGA, Maílson da. *O futuro chegou: instituições e desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Editora Globo, 2005.

PERES, Marcos Flamínio. O hedonismo fraturado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11.jun.2006. Caderno Mais!, p. 4.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TOLEDO, Roberto Pompeu de. Os últimos acontecimentos revistos e explicados. *Revista Veja*, ano 39, n. 20, edição 1957, p. 138, 24.mai.2006

¹ TOLEDO, Roberto Pompeu de. Os últimos acontecimentos revistos e explicados. *Revista Veja*, ano 39, n. 20, edição 1957, p. 138, 24.mai.2006.

² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 36.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 76.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 76.

⁵ BOFF, Leonardo. Do exercício do poder. *Jornal O Povo*, Fortaleza, 6.fev.2004.

⁶ *Apud* STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 98.

⁷ *Ibid.*, p. 99.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 26.

⁹ *Ibid.*, p. 41.

¹⁰ *Ibid.*, p. 41.

¹¹ MACEDO, Dimas. *Política e constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003, p. 68.

¹² *Ibid.*, p. 67.

¹³ *Ibid.*, p. 67.

¹⁴ FURTADO, Celso. *Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico*, 10^a ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 18 e Celso FURTADO, *Brasil: A Construção Interrompida*, 2^a ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 38, in BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 37.

¹⁵ *Idem*, p. 147-154 e 203, in BERCOVICI, Gilberto, *ob. cit.*, p. 37.

¹⁶ *Ibidem*, p. 197, in BERCOVICI, Gilberto, *ob. cit.*, p. 37.

¹⁷ Cf. ANGELOPOULOS, Angelos. *Planisme et progrès social*. Paris: L.G.D.J., 1953, p. 181; PREBISCH, Raúl. *Dinâmica do desenvolvimento latino-americano*. 2. ed. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1968, p. 20-22; 28-31.

¹⁸ BUARQUE, Cristovam. *O que é apartheid: o apartheid social no Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993, p. 53. (Coleção Primeiros Passos).

¹⁹ *Ibid.*, p. 54.

²⁰ *Ibid.*, p. 61.

²¹ *Ibid.*, p.58.

²² DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 15 e 16.

- ²³ GOIS, Antônio. Bolsa-Família tem foco, mas não emprega. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28.mai.2006, p. A23.
- ²⁴ *Ibid.*, p. A23.
- ²⁵ CANZIAN, Fernando. Bolsa-Família chega até onde governo não leva água. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11.jun.2006, p. B1; B8.
- ²⁶ FALTA HORIZONTE. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28.mai.2006. Editorial, p. A2.
- ²⁷ GUANDALINI, Giuliano. 5 Lições para derrubar o juro e crescer mais. *Revista Veja*, ano 39, n. 20, edição 1957, 24.mai.2006, p. 86.
- ²⁸ NÓBREGA, Mailson da. *O futuro chegou: instituições e desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Globo, 2005, p. 347.
- ²⁹ *Ibid.*, p. 350.
- ³⁰ GENRO, Tarso. Crise democrática e democracia direta. In: *Democracia e política: filosofia política*. Série III, n. 6. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 21.
- ³¹ HOBSBAWM, Eric. A falência da democracia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 9.set.2001. Caderno Mais!, p. 6.
- ³² PERES, Marcos Flamínio. O hedonismo fraturado. *Folha de São Paulo*, 11.jun. 2006. Caderno Mais!, p. 4.
- ³³ LAGOS, Ricardo. Em entrevista à *Revista Veja*, edição de 8 de março de 2000.
- ³⁴ FURTADO, Celso. *Brasil: a construção interrompida*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 41-45.
- ³⁵ GENRO, *op. cit.*, p. 21.
- ³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999, p.76.
- ³⁷ *Ibid.*, p. 77.
- ³⁸ GENRO, *op. cit.*, p. 11.

AN AGONIZING MODEL OF STATE

ABSTRACT

We live under a legal democratic state, which is founded upon sovereignty, citizenship, the dignity of the human person, the social values of labour and of the free enterprise and the political pluralism. The economic order, founded on the appreciation of the value of human work and on free enterprise, aims at ensuring everyone a life in dignity. However, many aspects of such rights apparently are still restricted to the intentions of the constituent legislator. The uneven income distribution, due to an economic policy object of criticism, keeps growth and development on the low in Brazil, making thus impossible to absorb all the workforce made available every year. Not even the adoption of social programs such as the so-called *Bolsa-Família* nor the strongly subsidized benefits paid by Social Security

have been successful to reduce social tensions, thus worsening the crisis traduced by corruption and impunity. In this sense, saving Brazilian democracy means “more democracy, not less democracy”, education of quality for everyone and the adoption of rights inherent to direct democracy inside representative democracy, through participative democracy.

KEYWORDS: State. Power. Democracy. Crisis. Constitution. Economy. Inequalities.

LAGONIE D’UN MODÈLE D’ÉTAT

RÉSUMÉ

Nous vivons dans un État Démocratique de Droit qui a pour fondements la souveraineté, la citoyenneté, la dignité de la personne humaine, les valeurs sociales du travail et de la libre initiative, ainsi que le pluralisme politique. L'ordre économique brésilienne, fondée sur la valorisation du travail humain et sur la libre initiative, doit à tous assurer une existence digne. Certains aspects de tels droits apparemment ne sont pas encore sortis du plan des intentions tracé par le législateur constituant originaire. La mauvaise distribution de la richesse nationale, fruit d'une politique économique mise en question, maintient en bas l'indice de croissance (et de développement) du Brésil, sans réussir à absorber toute la main d'oeuvre qui est lancée dans le marché économique chaque année. Ni l'adoption des programmes sociaux comme le « *Bolsa-Família* » ni les bénéfices fortement subventionnés et payés par la Sécurité sociale ont réussi à égayer les tensions sociales, ce qui aggrave la crise qui sert apparemment à harmoniser le binôme « corruption contre impunité ». La seule solution à la démocratie brésilienne “est plus démocratie, non par moins de démocratie”, ce qui comprend une éducation d'égale qualité pour tous ainsi que l'exercice de droits propres de la démocratie directe dans le système représentatif, à travers la démocratie participative.

MOTS-CLÉS: État. Pouvoir. Démocratie. Crise. Constitution. Économie. Inégalités.

LEI DE COTAS E PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA VIDA POLÍTICA BRASILEIRA

*Gerardo Clésio Maia Arruda**

1 Introdução. 2 Os Primeiros embates para regular os direitos da mulher na política. 3 Conjuntura sócio-econômica do período da instituição da Lei de cotas eleitorais. 4 Para concluir: cenários contemporâneos e a mulher na política nacional.

RESUMO

Neste artigo, faz-se uma exposição dos primeiros esforços feministas, no Brasil, que objetivavam garantir a equidade de direitos eleitorais entre os sexos. Também, explicitam-se os aspectos econômicos e sociais favoráveis à implantação da política afirmativa de adoção do sistema de cotas por sexo para partidos e coligações, bem como se discutem os obstáculos ainda existentes e perspectivas à ampliação do número de cadeiras ocupadas por mulheres nos legislativos municipais e estaduais.

PALAVRAS-CHAVE: Política Nacional. Mulher e Política. Lei de Cotas. Partidos e Coligações Partidárias. Reforma Política.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil os eleitores estão divididos em 48% de pessoas do sexo masculino e 52% do sexo feminino¹. Esta superioridade feminina na composição do eleitorado não se reproduz na política partidária; ao contrário, os dados mostram que a mulher é excluída do fazer político institucional. Em 2004, somente 7,52% do total de Prefeituras era ocupado por mulheres². Além do que, atualmente, o número de cadeiras do Legislativo Federal ocupadas por mulheres é de 8,77%³ e no Senado Federal, 8,64%⁴.

Até os anos 1980, argumentou-se que o caráter autoritário-patriarcal da sociedade brasileira e a baixa inserção da mulher no mercado de trabalho, ocupada em atividades domésticas e no cuidado dos filhos, constituíam-se nos elementos concretizadores do seu jugo ao poder masculino e, por conseguinte,

* Economista, Especialista em Geografia Humana, Mestre e Doutor em Sociologia. Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus e da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

do impedimento da vida política e econômica. Tem-se aí que os fatores determinantes da participação marginal da mulher na política são de natureza cultural e econômica. Mas, contraditoriamente, a partir deste período e, mais precisamente nos anos 1990, assistiu-se à ascensão da mulher aos postos de trabalho de todos os setores da atividade econômica de forma espetacular; de sorte que, em 1991, as mulheres representavam 38,8% da força de trabalho ocupada e, em 1999, saltaram para 40,3%⁵. Isto leva a concluir, então, que a dimensão econômica, como fator de afastamento da mulher da vida social – do trabalho assalariado e autônomo, portanto, das preocupações com as diretrizes político-jurídicas reguladoras do mercado – já foi superado. Restaram somente as correntes ideológicas, legitimadoras da dominação masculina, que preservou o lugar da decisão do destino do coletivo como de exclusividade do homem.

A comparação do desempenho da mulher brasileira no campo do trabalho com o da política corrobora a assertiva marxista de que as transformações culturais não ocorrem na mesma velocidade das transformações verificadas na infra-estrutura. Porém, o olhar contemporâneo para a participação feminina na política institucional partidária deve considerar o fato de que as bases da atual estrutura social não são as mesmas daquela que engendrou a ínfima inserção da mulher nos poderes legislativo e executivo, pois, se nos anos 1960 cabiam às mulheres quase que exclusivamente o cuidado da casa e dos filhos, em 2000, somou-se 12,9% de mulheres que se declararam chefes de família, que administravam a família, inclusive economicamente⁶. Também, entre os empreendedores, as mulheres apresentaram uma forte tendência de crescimento no período: saltaram de 17%, em 1991, para 28%, em 1998⁷. Vale ainda ressaltar que concomitante a esta tendência foi sempre crescente, nos últimos trinta anos, a taxa de escolarização da população feminina. Este quadro desenhou um novo perfil médio da mulher brasileira: trabalhadora, que participa economicamente na subsistência da família, escolarizada, cada vez mais competitiva na ocupação de cargos de chefia e de comando. Perfil este que se contrapõe largamente ao tipo feminino condenado aos afazeres domésticos, de baixa escolaridade e sem vida social para além dos laços familiares.

O que importa salientar é que tais alterações extrapolam os cânones do mundo do trabalho, à medida que cada um destes milhares de novos perfis se constitui em referências simbólicas do ser feminino, que no cotidiano se confrontam com os mitos e valores tradicionais e fundam uma outra *visão de mundo*.

Nesta perspectiva é que se norteia o objetivo deste artigo, que é o de explicar a evolução recente da participação da mulher na política nacional, cotejando as transformações demográficas e do mercado de trabalho. Com isto, espera-se construir uma leitura da realidade contemporânea, em que se possam assentar posteriores reflexões especulativas que contribuam para o desvendamento do porvir no campo da política e, por decorrência, na estrutura social brasileira.

2 OS PRIMEIROS EMBATES PARA REGULAR OS DIREITOS DA MULHER NA POLÍTICA

A pesquisadora do movimento feminista Fanny Tabak aponta, como primeiras manifestações a favor da equidade dos direitos políticos entre os sexos, a iniciativa de José Bonifácio, no Império, que defendia o voto das mulheres diplomadas por escola superior, e a ementa de Luiz Trovão à Constituinte Republicana de 1890, subscrita por Epitácio Pessoa, Nilo Peçanha e Hermes da Fonseca, que objetivava garantir o direito de voto das mulheres⁸.

Mas é a campanha em prol do voto feminino, iniciado por Bertha Lutz, em 1921, que a pesquisadora Fanny Tabak salienta como ponto de partida da luta pela participação efetiva da mulher na política. No esteio de um movimento que se alargava mundialmente, já consolidado na Rússia, Finlândia, Suécia, Noruega, Dinamarca, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Áustria, Polônia, Lituânia, Letônia, Tchecoslováquia, Grécia, Inglaterra, Estados Unidos e México, as mulheres o institucionalizaram no Brasil, inclusive internacionalizando-o através do engajamento na *Aliança Internacional de Mulheres*. Como resultado desse processo obteve-se, já em meados de 1921, a aprovação do projeto, mas ainda não convertido em Lei, de autoria do senador Justo Chermont, que discorria sobre a capacidade eleitoral da mulher maior de 21 anos. Surgiram os políticos simpatizantes do movimento, que receberam o apoio das mulheres em suas campanhas, é o caso do deputado Basílio de Magalhães, em 1925. Parte da imprensa abriu espaço para a publicação de artigos de militantes. Em 1922, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) emprestou apoio à campanha do voto feminino e, em 1926, teve início nas Assembléias Legislativas Estaduais a discussão de reformas constitucionais, culminando com a aprovação da Lei que assegurava o voto feminino no Rio Grande do Norte, que passou a vigorar em 25 de outubro de 1927.

Para se compreender o significado da luta das mulheres brasileiras pelo voto, neste período, é necessário inseri-la no cenário das transformações da sociedade brasileira em seus primeiros anos de República. As mudanças econômicas e demográficas ocorridas nos Estados Unidos e Europa, que resultaram na consolidação da grande indústria e na expansão do número de metrópoles existentes, além da revolução dos transportes, elevaram consideravelmente a transação comercial no mundo. Este cenário externo provocou no Brasil uma considerável acumulação de riqueza apoiada na produção extensiva de matérias primas e de alimentos direcionada para a exportação. Internamente, assistiram-se a mudanças de largo alcance, como a institucionalização do trabalho assalariado, a recepção de imigrantes europeus, as inovações tecnológicas – o transporte ferroviário e a força elétrica – e o advento da República⁹.

No campo econômico, assistiu-se, no início do período republicano, à ampliação da base monetária, através do trabalho assalariado, que proporcionou o surgimento do mercado interno e, conseqüentemente, a dinamização da atividade comercial. Por outro lado, houve uma aproximação com os mercados

financeiros internacionais, que possibilitou a estabilização de capital necessária para o aumento nas taxas de investimento, que seria impossível somente com a presença do capital comercial¹⁰.

Tais mudanças geraram transformações sociais, percebidas na estratificação da sociedade, resultado do surgimento do trabalhador assalariado, da ampliação da quantidade de proprietários de negócios e pequenos empreendedores urbanos e de funcionários públicos. Todavia, a combinação da libertação da mão de obra escrava e a adoção da política de atração de mão-de-obra européia, na transição do Reinado para a República, fundaram um mercado de trabalho extremamente competitivo. Esta é a base sob a qual se instituiu uma sociedade apartada entre um grupo diminuto (1%) da população que detém o poder econômico (50%) e, por decorrência, o poder político; um grupo populacional intermediário que se beneficia das políticas públicas concedidas pela anterior, com acesso a educação, habitação, saúde e lazer de qualidade comparada às das sociedades européias de bem-estar social. Contrapondo-se a estes, verificam-se dois outros segmentos populacionais: sendo um plasmado em todo o espaço territorial, os produtores da riqueza nas inumeráveis atividades produtivas e que, no fio da navalha, desafia o dia-a-dia sonhando em reproduzir-se nas condições do grupo anterior, mas, na realidade, está mais próximo do um terço imerso na miséria, que é o segmento formador da base da pirâmide social, os destituídos até mesmo da possibilidade de sonhar. Estes últimos formam a “grande massa das classes oprimidas dos chamados marginais, principalmente negros e mulatos, moradores das favelas e periferias da cidade (...), quase todos analfabetos e incapazes de organizar-se para reivindicar”.¹¹

Na política, as mudanças se prenderam a uma maior circulação de idéias. Com os já existentes positivistas e liberais, vieram disputar espaço para divulgar suas idéias nos cafés e jornais os socialistas e anarquistas, principalmente na capital Rio de Janeiro e na cidade de São Paulo. Porém, a mudança do regime realizada à margem da participação popular, tendo sido a proclamação da República consequência da manifestação de soldados amotinados que receberam apoio de grupos políticos, não provocou mudanças substanciais. No Império, a eleição através de processo indireto possibilitava a participação de um total de 10% da população. A adoção do sistema de eleição direta combinada aos fatores renda e alfabetização, como requisitos de seleção dos eleitores capazes, reduziu esta participação para 1%. Com o advento da República, preservouse o sistema de eleição direta e a necessidade do indivíduo ser alfabetizado, o que resultou num aumento de 2% na participação da população no processo eleitoral brasileiro:

A exclusão dos analfabetos pela Constituição republicana era particularmente discriminatória, pois ao mesmo tempo se retirava a obrigação do governo de fornecer instrução primária, que constava no texto imperial. Exigia-se para a cidadania

política uma qualidade que só o direito social da educação poderia fornecer e, simultaneamente, desconhecia-se este direito. Era uma ordem liberal, mas profundamente antidemocrática e resistente a esforços de democratização.¹²

Este espaço que se abriu às novas idéias não se prendeu somente ao campo político, de sorte que outras dimensões da sociabilidade e de construção de representações nacionais também foram solapadas em suas estruturas imutáveis fincadas no universo social imperial. A Semana da Arte Moderna, em 1922, é o marco que explicitou o que já estava em curso há alguns anos: o rompimento com a estética dominante nas artes plásticas, arquitetura, música, literatura e poesia. O que se vivia no Brasil, nesta época, na economia, na política e nas artes, sob a influência de movimentos deflagrados a partir da sua própria estrutura social, aponta para um momento de criação e de re-elaboração de valores. Contudo, ao se focalizar, em especial, a política, percebe-se o quanto estas mudanças estão carregadas de valores da época anterior: muda-se o regime, sem clamor popular; democratiza-se o sistema, com a exclusão da maioria. Porém, este cenário mostra que se encontravam em curso na sociedade brasileira transformações benéficas à emergência do movimento feminino pelo direito ao voto, mas que iria se deparar com obstáculos que não estavam dados aos movimentos feministas de outros países.

3 CONJUNTURA SÓCIO-ECONÔMICA DO PERÍODO DA INSTITUIÇÃO DA LEI DE COTAS ELEITORAIS

As raras oportunidades de participação popular na vida política nacional através do voto direto no período republicano, de sua instituição ao final do regime militar, trouxeram outros embaraços, que se somaram aos culturais, à inserção efetiva da mulher na política institucional partidária. Pois como seria possível difundir, mesmo entre as próprias mulheres, a idéia da importância de estar presente na vida política como fundamento para a conquista da equidade social e econômica, uma vez que a realização de manifestações e até a aglomeração em locais públicos só se fez possível em períodos que podem ser adjetivados de exceções. Portanto, se, no Império e nos primeiros anos da República, as mulheres estavam excluídas da política, assim como a maior parte da população brasileira, porque não detinham renda e possuíam baixa escolaridade; agora, também se abatia sobre as mulheres, o que passou a ser regra para o conjunto da população brasileira, o impedimento de expressão política.

No campo econômico, o Brasil republicano deu continuidade a uma forma de crescimento que consolidou as bases de sua estrutura social ao adotar um modelo que viabilizou a acumulação de capital através de uma política protecionista às empresas nacionais associada a uma regulação que escorçou o salário. A mudança que se estabeleceu da Colônia e Império para a República não alterou sua substância ideológica: o país urbanizou-se, a mão-de-obra assa-

lariou-se, parte significativa da produção industrializou-se, mas o país continuou voltado para fora, aos produtos agropecuários exportados foram acrescidos os manufaturados.

Estes fundamentos, aliados à associação da grande empresa nacional ao capital internacional migrado dos Estados Unidos e da Europa nos anos 1950 a 1970, edificaram uma economia industrial diversificada, que elevou o Brasil à categoria de oitava potência mundial. No entanto, como visto anteriormente, no campo político predominou a exclusão das massas diretamente interdidas de manifestar seus interesses. Os instrumentos utilizados para tal foram a dominação ideológica, que naturalizava a estrutura social vigente nas ações manifestadas no dogmatismo da Igreja Católica, no autoritarismo da família patriarcal e na usurpação do Estado patrimonial. E quando isto não foi suficiente, prevaleceu a interdição legal da organização política dos trabalhadores.

Todavia, o modelo econômico deste período, principalmente entre os anos de 1967 a 1973, que marcou a época do milagre brasileiro, em que a economia nacional cresceu a taxas nunca antes alcançadas, trouxe novidades para a estrutura social brasileira. Isto porque se consolidou a tendência de mudança da sociedade rural para o tipo urbano industrializada:

Enquanto em 1960 o setor primário absorvia 54% da População Economicamente Ativa (PEA), em 1970 essa fração ainda era de 45,8%, reduzindo-se para 40,8% em 1973. No mesmo período, a participação do setor secundário na PEA aumentou de 12,9% em 1960 para 20,2% em 1973, enquanto a participação do emprego no setor terciário crescia de 31,5% para 39,0% naquele mesmo ano.¹³

As oportunidades de trabalho para as mulheres se ampliaram, dado que o setor secundário e, principalmente, as atividades de serviços absorvem com maior frequência a mão-de-obra feminina. A abertura política nos anos 1980 vai coincidir com a tendência à consolidação da participação da mulher no mercado de trabalho. É aí que vai se desenrolar a luta do movimento feminista que efetivou a instituição da Lei de cotas de sexo entre os candidatos dos partidos políticos. Mas é somente na década seguinte, após a participação em um seminário na cidade de Beijing, na China, em setembro de 1995, que um grupo de mulheres parlamentares brasileiras, depois de conhecer experiências de outros países, se mobiliza e consegue implantá-la. Com isto se institui, como já havia ocorrido na Europa e na América, uma política afirmativa de enfrentamento aos traços culturais ainda capazes de obstar a efetiva inserção da mulher na vida política nacional. O resultado desta luta foi imediato:

Em 20 de setembro de 1995, foi aprovada a Lei n. 9.100, que estabeleceu as normas para a realização das eleições municipais

do ano seguinte, e determinou uma cota mínima de 20% para as mulheres. Em 1997, após esta primeira experiência eleitoral com cotas, a Lei n. 9.504, estende a medida para os demais cargos eleitos por votos proporcional – Câmara dos Deputados, Assembléias Legislativas Estaduais e Câmara Distrital – e altera o texto do artigo, assegurando, não mais uma cota mínima para as mulheres, mas uma cota mínima de 30% e uma cota máxima de 70%, para qualquer um dos sexos.¹⁴

Porém, este passo, embora importante, ainda não surtiu na política institucional partidária os efeitos percebidos em outros países. Uma breve comparação do desempenho feminino na política nacional em relação a alguns países europeus e mesmo da América Latina indica a existência de uma elevada disparidade. Os dados constantes no quadro 01 indicam que as taxas médias de participação das mulheres na Câmara Baixa de todas as regiões do mundo ultrapassam a do Brasil que alcança os 8,2% (quadro 02), excetuando a dos países árabes, em que a taxa de participação das mulheres na Câmara Baixa atinge somente a taxa de 3,7%. Até mesmo na região asiática, em que há um número substancial de países ainda imersos em tradições milenares, enquanto outros só após a Segunda Grande Guerra aproximaram-se da cultura ocidental, a taxa de participação das mulheres na Câmara Baixa (9,7%) é superior a do Brasil.

Quadro 01 - Participação Feminina no Parlamento¹⁵

Regiões	Parlamento unicameral ou Câmara Baixa (%)	Senado ou Câmara Alta(%)	Duas Casas combinadas(%)
Países Nórdicos	35,9		35,9
Américas	13,5	12,0	13,2
Comunidade Européia (exceto os Nórdicos)	12,3	9,0	11,5
África sub-saariana	11,1	14,0	11,3
Pacífico	10,8	21,8	12,7
Ásia	9,7	9,9	9,7
Países Árabes	3,7	1,1	3,4

Quando se faz a análise do desempenho das mulheres na disputa pelas cadeiras do legislativo nacional, confrontando o seu resultado com o dos demais países da América Latina, é possível verificar como, no Brasil, ainda há um longo caminho a ser percorrido para se almejar uma condição mais igualitária na

política institucional. De sorte que considerando as eleições do ano de 2002, as mulheres passaram a ocupar 8,2% das vagas no legislativo, uma taxa que coloca o Brasil em penúltimo lugar, superando somente o Haiti (3,6%), situando-o ainda numa posição de elevada inferioridade em relação aos dois países que ocupam as primeiras colocações: a Costa Rica (35,1%) e a Argentina (30,7%).

Quadro 02 - Participação das Mulheres na Política na América Latina¹⁶

País	Mulheres na Câmara Baixa(%)	Data da Eleição
Costa Rica	35,1	2002
Argentina	30,7	2001
México	22,6	2003
Nicarágua	20,7	2001
Bolívia	18,5	2002
Peru	17,5	2001
República Dominicana	17,3	2002
Equador	16,0	2002
Uruguai	12,1	1999
Colômbia	12,0	2002
Panamá	9,9	1999
Venezuela	9,7	2000
Paraguai	8,8	2003
Guatemala	8,8	1999
Brasil	8,2	2002
Haiti	3,6	2000

Vale aqui uma indagação: por que no Brasil a participação da mulher na política é inferior a de países de menor poder econômico, em alguns casos, até mesmo de países que possuem um tradicionalismo mais arraigado? Para o Consultor Legislativo Luiz Henrique Vogel, a resposta para esta questão deve ser formulada a partir da crítica ao sistema eleitoral brasileiro, causa mais determinante do problema do que aquelas oriundas do campo econômico e cultural. De acordo com este autor, a Noruega é um exemplo de que um sistema eleitoral que adota a prática da lista aberta não contribui para o aumento do número de mulheres parlamentares. Isto porque os eleitores enraizados a uma visão tradicionalista tendem a votar nos candidatos homens. Já no sistema de listas partidárias fechadas, esta questão é anulada. Isto foi o que ocorreu neste país, nos últimos 25 anos, quando o voto passou a ser dado ao partido, no sistema de lista fechada, combinado a prática de cotas para mulheres. Portanto, a alteração no sistema político da Noruega foi o que, na verdade, ocasionou um aumento

significativamente da participação feminina no parlamento. O autor reforça ainda o seu argumento, ao citar os exemplos da Costa Rica e Argentina. Estes países adotaram, em primeiro lugar, o sistema de cotas para as mulheres, contudo, os resultados não pareceram muito promissores. A Costa Rica encontrou a solução na adoção da lista fechada e a Argentina no mecanismo de reserva de cadeiras no legislativo, da seguinte forma:

Em 1993, o Decreto 379 fixou o número mínimo de posições que devem ser reservadas às mulheres: no mínimo 1, quando houver entre 2-4 cadeiras em disputa; no mínimo 2, quando houver entre 5-8 cadeiras em disputa; no mínimo 3, quando houver entre 9-11 cadeiras em disputa; no mínimo 4, quando houver entre 12-14 cadeiras em disputa; no mínimo 5, quando houver entre 15-18 cadeiras em disputa; no mínimo 6, quando houver entre 19-20 cadeiras em disputa.¹⁷

Apoiado nesta linha de argumento é possível derivar que, ao se fundamentar a escolha dos candidatos na prática da lista aberta, o sistema eleitoral brasileiro não é favorável a ampliação do número de mulheres parlamentares. Neste mecanismo, o eleitor vota no candidato, mas os votos contabilizados referem-se ao total sufragado nos candidatos do partido ou da coligação, assim, os eleitos são aqueles que aparecem hierarquicamente como os mais votados. Como as mulheres, historicamente, têm se apresentado como a parcela de candidatos, ressaltando-se as exceções que constituem a taxa de 8,2%, que formam as últimas fileiras na lista de votados dos partidos e coligações, há aí um obstáculo objetivo às pretensões feministas. Por mais esdrúxulo que possa parecer, cria-se com isto uma máxima: *vote numa mulher e eleja um homem!* Máxima esta que, dentro das atuais regras eleitorais, só poderia ser subsumida com um crescimento substancial dos votos obtidos pelas candidatas mulheres.

Penso que procedem as observações de Vogel; porém, acrescento que as normas eleitorais referentes às campanhas também obstam as pretensões feministas, uma vez que o seu custo elevado, devido aos “showmícios”, *outdoors*, programas televisivos com cenas externas e participação de atores renomados e brindes os mais diversos possíveis, afastam os que não possuem altas rendas e os que não são custeados por fortes grupos econômicos. Ora, as mulheres constituem o segmento populacional com menor poder aquisitivo e como têm maior dificuldade de efetivar suas candidaturas são preteridas pelos financiadores de campanhas eleitorais.

4 PARA CONCLUIR: CENÁRIOS CONTEMPORÂNEOS E A MULHER NA POLÍTICA NACIONAL

Nos anos 1980, os brasileiros assistiram a um período de estagnação econômica, devido ao desempenho pífio do Produto Interno Bruto (PIB). A *década perdida*, como ficou conhecida, foi sucedida por uma outra em que o

PIB apresentou uma taxa média de crescimento de 2%. Este comportamento da economia nacional não foi suficiente para ocasionar o incremento de postos de trabalho em quantidade suficiente para amortecer o impacto negativo do desemprego nos setores de atividade que adotaram organizações e tecnologias inovadoras e, principalmente, não abriu as portas para o ingresso no mundo do trabalho aos jovens que anualmente chegam à idade ativa.

Comparativamente aos anos 1970, período do “milagre” brasileiro, ápice de um modelo de desenvolvimento que gerou, simultaneamente, aumento da riqueza material e da exclusão social, os anos 1980 e 1990 podem ser descritos como um momento da história brasileira em que houve um aprofundamento do que se fez de pior na sociedade brasileira dos anos do milagre. Em um cenário sem crescimento econômico, o crescimento da riqueza do lado mais rico da população só se realiza através da transferência de renda, e foi justamente isto o que ocorreu neste período: ampliação da concentração da renda concomitantemente ao aumento do número de pobres e miseráveis. O impacto disto na estrutura social brasileira foi o de aprofundamento da desigualdade social no Brasil.

O entendimento da problemática do desenvolvimento brasileiro passa por um esforço de análise que busque compreendê-lo na esteira do movimento do capitalismo mundial *vis-a-vis* a formação econômica, social e política brasileira. Esta perspectiva de análise é, hoje, corroborada pelo fato do encurtamento das distâncias que separam as culturas mundiais ser cada vez mais percebido pelos cidadãos. O ser cosmopolita, em meados do século XX, era ocasionado pelo contato do indivíduo com outras sociedades, mas, atualmente, este adjetivo pode ser atribuído mesmo àqueles que não viajam pelo mundo, porque todos estão em sintonia com os acontecimentos culturais, políticos, econômicos e geográficos mundiais, em tempo real, informados pelos canais de notícia televisivos internacionais e pelos jornais virtuais.

Esta realidade atinge, direta ou indiretamente, em maior ou menor intensidade, indistintamente todos os habitantes do planeta, tanto dos países ricos e pobres, como de dominadores ou dominados. Entretanto, o estudo dos fenômenos sociais, a partir de uma unicidade, é uma tarefa árdua, “devido à complexidade das relações sociais e aos problemas óbvios de tentar generalizar a respeito da população, de seus agrupamentos e das estruturas dentro das quais ela vive”.¹⁸

Mas, ao aproximar estes cenários para uma compreensão do momento atual da luta feminista para ampliação da participação da mulher na política e, considerando, em primeiro lugar, a conjuntura nacional circunstanciada pelas duas últimas décadas, não é exagero afirmar que há um panorama atual favorável. Pois mesmo que tenha ocorrido uma estagnação no mercado de trabalho, a mulher não teve refreada a sua inserção, o que a colocou numa situação de maior equidade em termos econômicos. Por outro lado, as referências femininas de lideranças políticas que estão dadas para a sociedade brasileira são, agora, alargadas globalmente, pois se acompanha, cotidianamente no Brasil, o desempenho de mulheres no comando político de outras nações, ressaltem-se os casos mais

recentes da eleição de Angela Merkel para Primeira-Ministra da Alemanha e de Michelle Bachelet para Presidenta do Chile, esta última por sua vez nomeou para o primeiro escalão do seu governo dez mulheres e dez homens.

Tais questões revestem-se de importância, na medida em que o incremento da representação política da mulher não se realizará substancialmente somente com alterações no sistema eleitoral, pois é necessário que ocorra também mudanças no âmbito de outras instituições, como por exemplo, na família, na educação, na religião e no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

FRANCO, Gustavo H. B. A primeira década republicana. In: ABREU, Marcelo de Paiva. *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana – 1889 a 1989*. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

GROSSI, Miriam Pillar; MIGUEL, Sônia Malheiros. Transformando a diferença: as mulheres na política. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 1, 2001, p. 167-206.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar – PNAD*. Rio de Janeiro, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar – PNAD*. Rio de Janeiro, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Perfil das mulheres responsáveis pelos domicílios no Brasil*. Rio de Janeiro, 2002.

LAGO, Luiz Aranha Corrêa do. A retomada do crescimento e as distorções do “milagre”: 1967-1973. In: ABREU, Marcelo de Paiva. *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana – 1889 a 1989*. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SKLAIR, Leslie. *Sociologia do sistema global*. Petrópolis: Vozes, 1995.

TABAK, Fanny; TOSCANO, Moema. *Mulher e política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

VOGEL, Luiz Henrique. *Sistemas eleitorais, quotas e representação feminina*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. Mimeografado.

- ¹ Estatística do eleitorado. Dados referentes a janeiro de 2006, fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE (<http://www.tse.gov.br>). Consulta realizada em 27/05/2006.
- ² Dados obtidos a partir do sítio do IBAM/Banco de Dados Municipais (<http://www.ibam.org.br>). Consulta realizada em 27/05/2006.
- ³ Dados coletados no sítio da Câmara Federal (<http://www.camara.gov.br/>). Consulta realizada em 27/05/2006.
- ⁴ Dados coletados no sítio do Senado Federal (<http://www.senado.gov.br>). Consulta realizada em 27/05/2006.
- ⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar – PNAD*. Rio de Janeiro, 1991, 1999.
- ⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Perfil das mulheres responsáveis pelos domicílios no Brasil*. Rio de Janeiro, 2002.
- ⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *op. cit.*, 1991, 1999.
- ⁸ Cf. TABAK, Fanny; TOSCANO, Moema. *Mulher e política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 87-88.
- ⁹ Cf. PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 207-208.
- ¹⁰ Cf. FRANCO, Gustavo H. B. A primeira década republicana. In: ABREU, Marcelo de Paiva. *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana – 1889 a 1989*. Rio de Janeiro: Campus, 1990, p. 11-12.
- ¹¹ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 209.
- ¹² CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 45.
- ¹³ LAGO, Luiz Aranha Corrêa do. A retomada do crescimento e as distorções do “milagre”: 1967-1973. In: ABREU, Marcelo de Paiva. *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana – 1889 a 1989*. Rio de Janeiro: Campus, 1990, p. 288.
- ¹⁴ GROSSI, Miriam Pillar; MIGUEL, Sônia Malheiros. Transformando a diferença: as mulheres na política. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 1, 2001, p. 168.
- ¹⁵ VOGEL, Luiz Henrique. *Sistemas eleitorais, quotas e representação feminina*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005, mimeografado, p. 8.
- ¹⁶ *Ibid.*, p. 9.
- ¹⁷ *Ibid.*, p. 10.
- ¹⁸ SKLAIR, Leslie. *Sociologia do sistema global*. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 13.

AFFIRMATIVE ACTION AND THE PARTICIPATION OF WOMEN IN BRAZILIAN POLITICAL LIFE

ABSTRACT

In this paper, the author presents some of the first pro-feminist efforts in Brazil, aimed at assuring equality in the field of political rights between sexes. At the same time, elaborates economic and social features favourable to the execution of an affirmative action policy towards

enhancing the participation of women in politics and political parties and coalitions, as well as discusses the still existing obstacles in this area and the prospect of rising the numbers of positions occupied by women in local State and Municipal parliaments.

KEYWORDS: National Policy. Women and Politics. Affirmative action. Political Parties and Coalitions. Political Reform.

LA LOI SUR LES QUOTAS ET SUR LA PARTICIPATION DES FEMMES DANS LA VIE POLITIQUE BRÉSILIENNE

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une exposition des premiers efforts féministes au Brésil qui ont eut pour objectif garantir l'équité des droits électoraux entre les sexes. Aussi, il est question d'explicitier les aspects, économiques et sociales, favorables à l'implantation de la politique d'adoption du système de quotas, selon le sexe, par partis et par les coalitions, ainsi que de discuter les obstacles qui existent encore et les perspectives à l'élargissement du nombre de chaises occupées par des femmes dans les pouvoirs législatifs municipaux et étatiques.

MOTS-CLÉS: Politique Nationale. Femme et Politique. Loi sur les Quotas. Partis et coalitions. Réforme Politique.

TRABALHOS PARA DISCIPLINAS DE CURSOS E PROGRAMAS INTEGRANTES DA EDUCAÇÃO SUPERIOR

Horácio Wanderlei Rodrigues*

1 Introdução. 2 Fichamento. 2.1 Registro de informações escritas (por obra). 2.2 Registro de informações escritas (por tema). 2.3 Registro de informações orais (aulas, palestras, conferências). 3 Resenha. 4 *Paper*. 5 Artigo. 6 Apresentação formal dos trabalhos. 6.1 Normas da ABNT. 6.2 Resumo. 6.3 Regras gerais para formatação. 6.3.1 Papel e impressão. 6.3.2 Fonte. 6.3.3 Margens. 6.3.4 Digitação do texto e espaçamentos. 6.3.5 Paginação. 6.3.6 Numeração progressiva das seções. 6.3.7 Títulos. 6.3.8 Siglas. 6.3.9 Ilustrações e tabelas. 6.4 Orientações específicas para notas, citações e referências. 6.4.1 Notas. 6.4.2 Citações. 6.4.3 Referências. 7 Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O texto tem por objeto os trabalhos em geral utilizados nas disciplinas de cursos e programas integrantes da educação superior. Seus principais objetivos são apresentar e explicar o fichamento, o *paper*, a resenha e o artigo, indicando suas principais espécies e também sua estrutura formal, bem como sistematizar as mais importantes normas da ABNT aplicáveis aos trabalhos acadêmicos.

PALAVRAS-CHAVE: ABNT. Pesquisa. Metodologia da pesquisa. Fichamento. *Paper*. Resenha. Artigo. Trabalhos acadêmicos.

1 INTRODUÇÃO

Este texto se destina aos professores e alunos de cursos de graduação e pós-graduação, objetivando facilitar a realização de trabalhos de disciplinas e módulos em cursos integrantes da educação superior.

* Mestre e Doutor em Direito pela UFSC, instituição da qual é professor titular, lecionando na Graduação e na Pós-Graduação. É também professor convidado para cursos de Pós-Graduação em diversas IES brasileiras. Escreveu os livros “*Ensino jurídico: saber e poder*”, “*Ensino jurídico e direito alternativo*”, “*Acesso à justiça no direito processual brasileiro*”, “*Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos*”, “*Ensino do Direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*” (este último em conjunto com Eliane Botelho Junqueira) e “*Pensando o Ensino do Direito no Século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes*”; organizou as coletâneas “*Lições alternativas de direito processual*”, “*Solução de controvérsias no Mercosul*”, “*O Direito no terceiro milênio*” e “*Ensino Jurídico para que(m)?*”. Publicou também dezenas de artigos em coletâneas e revistas especializadas. Integrou, de 1996 a 1998, a Comissão do Exame Nacional de Cursos (“*provão*”) para a área de Direito.

Dependendo do fim a que se destina, ou do ambiente em que é apresentado ou exigido, o trabalho acadêmico recebe denominações diferentes. Neste espaço privilegiar-se-á o fichamento, o *paper*, a resenha e o artigo.

Seus principais objetivos são apresentar e explicar essas espécies de trabalhos indicando suas principais espécies e também sua estrutura formal, bem como sistematizar as principais normas da ABNT aplicáveis aos trabalhos acadêmicos.

O texto deste artigo é fundamentalmente descritivo, emitindo em alguns pontos sugestões e opiniões do seu autor. Visando facilitar a digitação dos trabalhos, contém em notas de rodapé orientações sobre a utilização do programa *Word*, da *Microsoft*, tendo em vista ser o mais utilizado para essa tarefa.

2 FICHAMENTO

Os fichamentos, que podem ser de informações escritas ou orais, são hoje preferencialmente denominados de registros de informações. Deve-se isso ao fato de que atualmente não é comum que ainda se utilizem fichas¹ para registrar as informações, que regra geral são agora digitadas e impressas em papel de uso comum.

O que diferencia os fichamentos das resenhas é o fato de que eles visam, fundamentalmente, registrar e armazenar informações para utilização posterior, sem necessidade de estabelecer seqüência lógica, articulação entre seus parágrafos e trechos, bem como redigir uma introdução e uma conclusão.

Quando esse registro configurar um trabalho solicitado pelo professor de uma determinada disciplina, sugere-se que inicie por um cabeçalho, do qual devem constar os seguintes itens:

- a) instituição;
- b) curso;
- c) disciplina;
- d) nome do professor
- e) nome do aluno.

Não possuindo esse objetivo, desnecessário o cabeçalho, tendo em vista que o registro destina-se, então, exclusivamente à utilização pelo seu próprio autor.

2.1 Registro de informações escritas (por obra)

Para o registro de informações escritas, feitas individualmente, obra a obra, sugere-se adoção de um modelo que contemple as seguintes informações:

- a) referência completa e correta da obra objeto do registro (ABNT);

- b) panorama geral do conteúdo (resumo em redação própria de quem realiza o registro);
- c) destaques (transcrição literal de trechos importantes da obra - conceitos, classificações, posições próprias do autor da obra - com as respectivas referências das páginas ou localização na internet e data de acesso); e
- d) questionamentos (questões sobre o conteúdo da obra ou por ele inspiradas).

Na literatura especializada é comum encontrar-se, relativamente ao registro de informação por obra (ficha de leitura), diversas alternativas², dentre as quais cabe destacar as três seguintes, por serem as mais utilizadas:

- a) ficha resumo: nela, relativamente ao modelo sugerido, elimina-se os itens “c” e “d”; essa espécie se aproxima, em parte, de uma resenha da obra registrada;
- b) ficha destaque: nela, relativamente ao modelo sugerido, elimina-se os itens “b” e “d”; é útil como forma de armazenar informações, na sua forma original, para serem transcritas em um trabalho posterior; e
- c) ficha comentário: nela, relativamente ao modelo sugerido, elimina-se os itens “b” e “c” e em lugar dos questionamentos insere-se comentários pessoais do redator, que devem incluir seus questionamentos relativamente à obra; aproxima-se, em parte, de uma resenha crítica.

Entende-se que o modelo proposto é mais adequado às necessidades do ensino superior; respeita-se, entretanto, a opção daqueles que entenderem solicitar fichas nos modelos tradicionalmente apontados nos manuais de Metodologia da Pesquisa. De qualquer forma, a orientação mais precisa parece ser a apontada por Barral, que assim se expressa: “utilize o método de registro que lhe for mais conveniente”. (2003, p. 111).

2.2 Registro de informações escritas (por tema)

Para o registro de informações escritas, feitas por tema, conjugando um conjunto de obras, sugere-se adoção de um modelo que contemple as seguintes informações:

- a) tema objeto do registro;
- b) referências completas e corretas das obras utilizadas (ABNT);
- c) panorama geral do conteúdo (resumo em redação própria de quem realiza o registro);
- d) destaques (transcrição literal de trechos importantes das obras - conceitos, classificações, posições próprias dos autores das obras - com a

referência correta da obra da qual foi retirada ou de sua localização na internet e data de acesso); e

- e) questionamentos (questões sobre o conteúdo das obras ou por ele inspiradas).

O registro de informações por tema aproxima-se da elaboração de um *paper* temático, sem, entretanto, possuir preocupações específicas, em termos de sistematização, que existem nessa espécie de trabalho.

2.3 Registro de informações orais (aulas, palestras, conferências)

Para o registro de informações orais, sugere-se adoção de um modelo que contemple as seguintes informações:

- a) nome completo do ministrante e local, tema, data e horário da aula / palestra / conferência;
- b) resumo do conteúdo ministrado; e
- c) comentários, reflexões, observações do realizador do registro.

O registro de informações orais é útil como marco para a busca de referências escritas. O trabalho acadêmico e, em especial, o trabalho científico exigem a possibilidade de comprovação, pelo leitor, das afirmativas atribuídas a terceiros. Nesse sentido, não tendo sido a informação oral gravada, ou posteriormente publicada nos anais do evento ou em revista especializada ou coletânea, sua utilização, de forma direta, é inadequada.

3 RESENHA

A resenha constitui-se em uma síntese ou em uma análise resumida de um texto ou conjunto de textos. As principais formas de resenha são:

- a) indicativa: é apresentada de forma tão resumida que apenas dá conhecimento da existência da obra, não dispensando a sua leitura; é utilizada comumente em revistas especializadas para noticiar a publicação de novas obras; não possui utilidade como trabalho acadêmico;
- b) informativa: é apresentada de forma a dispensar a leitura do trabalho original; é um resumo sistematizado da obra, elaborado de forma a conter suas principais informações; contém a descrição pormenorizada do texto ou conjunto de textos resenhados; e
- c) crítica: é apresentada formulando um julgamento, um posicionamento pessoal do seu autor sobre o texto ou conjunto de textos resenhados; contém uma apreciação, uma interpretação, uma avaliação do texto ou conjunto de textos resenhados. Entretanto, como destacam Mezzaroba e Monteiro:

o objetivo da resenha crítica não é destruir as idéias do autor da obra resenhada; para essa tarefa o resenhista teria de fundamentar rigorosamente seu juízo crítico e apontar seus referenciais teóricos, o que já seria o resultado de uma investigação científica. (2004, p. 263).

O que diferencia as resenhas dos fichamentos é o fato de que nelas é necessário estabelecer seqüência lógica, articulação entre seus parágrafos e trechos, redigir uma introdução e uma conclusão, e não apenas registrar informações para utilização posterior. Entretanto, as resenhas se restringem ao texto, tema/autor ou obra/autor resenhados, sem a sua análise com base em outros textos ou autores. Nesse sentido, as resenhas podem ser:

- a) de um único texto (artigo ou livro): nesse caso a resenha busca apresentar um resumo da obra, que explicita o seu fio condutor e suas principais contribuições;
- b) da obra inteira de um mesmo autor: nesse caso a resenha busca apresentar um apanhado geral do conjunto da obra de um mesmo autor; pela sua amplitude, possui um caráter mais superficial e descritivo; ou
- c) de vários textos (artigos ou livros) de um mesmo autor: nesse caso a resenha busca apresentar o resumo de um conjunto de textos de um mesmo autor; em geral são textos que possuam em comum o mesmo tema; segundo Salomon, nessa espécie de resenha:

É preciso partir de cada um dos escritos agrupando-os em elementos comuns e sublinhando com qualificações próprias os pontos mais importantes de cada um. Se as várias obras examinadas versam sobre o mesmo assunto, deve-se emprestar à composição o feito de uma apresentação sinótica. (1996, p. 135).

Na bibliografia especializada também se encontra referência a um tipo específico de resenha, da literatura sobre um determinado tema. Nesse caso a resenha buscaria apresentar um apanhado geral das obras existentes sobre um determinado tema, escritos por diferentes autores e, pela sua amplitude, possuiria um caráter mais superficial e descritivo. Entende-se aqui que, nesse caso, não se tem uma resenha, mas sim um *paper* temático ou um artigo de sistematização.

Sugere-se para as resenhas a utilização da seguinte estrutura, quando exigida como trabalho de disciplina:

ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS:

Cabeçalho (instituição, curso, disciplina, professor)	Obrigatório
Obra(s) objeto da resenha, de acordo com a ABNT	Obrigatório
Nome(s) do(s) autor(es) ³	Obrigatório

ELEMENTOS TEXTUAIS:

Resumo sistematizado da(s) obra(s) resenhada(s) Obrigatório

ELEMENTOS PÓS-TEXTUAIS:

Nota(s) explicativa(s) Opcional

Referências⁴ Obrigatório

É comum que os manuais de Metodologia da Pesquisa indiquem a utilização de folha de rosto para todos os trabalhos acadêmicos em lugar do cabeçalho aqui indicado, bem como a utilização de sumário. Entende-se, adotando uma orientação ecológica, ser absolutamente desnecessária a utilização desses elementos, que apenas implicam no desperdício de papel e, portanto, de recursos naturais. Por isso indica-se a utilização do cabeçalho em substituição à folha de rosto e a não utilização de sumário; quando a resenha for destinada à publicação, o cabeçalho também é desnecessário.

4 PAPER

É um trabalho escrito de conclusão de disciplina, módulo ou curso que se destina, regra geral à sistematização, estudo ou análise de um tema, de uma obra específica, ou a resolução de um problema ou caso. O objeto pode ter sido indicado pelo professor ou de livre escolha pelo aluno.

Relativamente ao *paper*, ele se diferencia do fichamento pelas mesmas razões que a resenha; e se diferencia dessa porque implica em sistematização, estudo ou análise do objeto, mesmo que breve, utilizando para isso outras fontes além das que compõem o objeto em si. É possível afirmar, de certa forma, que se constitui em uma espécie de artigo, apenas mais reduzido e superficial.

Podem-se destacar como principais modalidades de *papers* solicitados em cursos de graduação e pós-graduação:

- a) *paper* temático: essa espécie de trabalho destina-se a estudar um tema específico, de acordo com o recorte definido pelo professor ou pelo próprio aluno;
- b) *paper* resolução de problema ou estudo de caso: essa espécie de trabalho destina-se a analisar um problema ou caso e apresentar a sua solução;
- c) *paper* autor: essa espécie de trabalho destina-se a estudar, de forma geral, a produção (o conjunto de sua obra) de um determinado autor;
- d) *paper* autor-obra: essa espécie de trabalho destina-se a estudar uma obra (um texto) específica de um autor; e
- e) *paper* autor-tema: essa espécie de trabalho destina-se a estudar um tema específico dentro da obra completa (o conjunto de sua produção) de um determinado autor.

É recomendável que, quando o *paper* possuir como objeto um determinado autor, destine-se nele um pequeno espaço para trazer informações sobre a sua vida e obra.

O *paper* possui normalmente de 10 a 20 páginas em sua parte textual; utiliza-se a expressão *mini-paper* para se referir aos trabalhos dessa espécie cujo tamanho seja inferior a 10 páginas. Sugere-se sua elaboração com a seguinte estrutura:

ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS:

Cabeçalho (instituição, curso, disciplina, professor)	Obrigatório
Título, e subtítulo (se houver)	Obrigatório
Nome(s) do(s) autor(es) ⁵	Obrigatório
Resumo na língua do texto	Opcional
Palavras-chave na língua do texto	Opcional

ELEMENTOS TEXTUAIS:

Introdução	Obrigatório
Desenvolvimento	Obrigatório
Conclusão	Obrigatório

ELEMENTOS PÓS-TEXTUAIS:

Nota(s) explicativa(s)	Opcional
Referências	Obrigatório

É comum que os manuais de Metodologia da Pesquisa indiquem a utilização de folha de rosto para todos os trabalhos acadêmicos em lugar do cabeçalho aqui indicado, bem como também a utilização de sumário. Entende-se, adotando uma orientação ecológica, ser absolutamente desnecessária a utilização desses elementos, que apenas implicam no desperdício de papel e, portanto, de recursos naturais. Por isso indica-se a utilização do cabeçalho em substituição à folha de rosto e a não-utilização de sumário.

5 ARTIGO

Segundo a ABNT (NBR 6022:2002), o artigo científico é: “Parte de uma publicação com autoria declarada, que apresenta e discute idéias, métodos, técnicas, processos e resultados nas diversas áreas do conhecimento”. Denomina-se artigo de revisão quando constitui “parte de uma publicação que resume, analisa e discute informações já publicadas”, e artigo original quando constitui “parte de uma publicação que apresenta temas ou abordagens originais”.

Possui normalmente de 20 a 40 páginas em sua parte textual e deve ser elaborado com a seguinte estrutura:

ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS:	
Título, e subtítulo (se houver)	Obrigatório
Nome(s) do(s) autor(es) ⁶	Obrigatório
Resumo na língua do texto	Obrigatório
Palavras-chave na língua do texto	Obrigatório
ELEMENTOS TEXTUAIS:	
Introdução	Obrigatório
Desenvolvimento	Obrigatório
Conclusão	Obrigatório
ELEMENTOS PÓS-TEXTUAIS:	
Título, e subtítulo (se houver) em língua estrangeira	Obrigatório
Resumo em língua estrangeira	Obrigatório
Palavras-chave na língua estrangeira	Obrigatório
Nota(s) explicativa(s)	Opcional
Referências	Obrigatório
Glossário	Opcional
Apêndices, Anexos	Opcional

É recomendável que, quando o artigo possuir como objeto o pensamento ou a obra de um determinado autor, destine-se nele um pequeno espaço para trazer informações sobre a sua vida e obra.

Destinando-se o artigo ao cumprimento de exigência de disciplina ou módulo de curso superior, deve o mesmo conter cabeçalho onde constem a instituição, o curso, a disciplina ou módulo e o professor responsável. É comum que os manuais de Metodologia da Pesquisa indiquem a utilização de folha de rosto para todos os trabalhos acadêmicos em lugar do cabeçalho aqui indicado, bem como também a utilização de sumário. Entende-se, adotando uma orientação ecológica, ser absolutamente desnecessária a utilização desses elementos, que apenas implicam no desperdício de papel e, portanto, de recursos naturais. Por isso indica-se a utilização do cabeçalho em substituição à folha de rosto e a não utilização de sumário; quando o artigo for destinado à publicação, o cabeçalho também é desnecessário.

6 APRESENTAÇÃO FORMAL DOS TRABALHOS

As normas da ABNT devem ser respeitadas quando da elaboração dos trabalhos acadêmicos, relatórios de pesquisa e artigos científicos e podem ser adquiridas diretamente na ABNT (www.abnt.org.br) ou serem consultadas em qualquer biblioteca universitária.

6.1 Normas da ABNT

As normas da ABNT mais importantes para as finalidades deste trabalho são:

- a) NBR 14724, que trata das definições, da estrutura (elementos pré-textuais, textuais e pós-textuais) e das regras gerais de apresentação de trabalhos acadêmicos (teses, dissertações e trabalhos de conclusão de cursos);
- b) NBR 6022, que trata das definições, da estrutura (elementos pré-textuais, textuais e pós-textuais) e das regras gerais de apresentação de artigos científicos;
- c) NBR 10719, que trata das definições, da estrutura (elementos pré-textuais, textuais e pós-textuais) e das regras gerais de apresentação de relatórios científicos;
- d) NBR 6024, que trata das definições e da regras gerais de apresentação da numeração progressiva das seções (deve ser utilizada para a numeração dos capítulos e itens dos trabalhos acadêmicos, adotando números arábicos);
- e) NBR 6028, que trata das definições e regras gerais de apresentação de resumos (deve ressaltar objetivo, método e conclusões da pesquisa numa extensão de 50 a 500 palavras, variando de acordo com a espécie de trabalho);
- f) NBR 6027, que trata das definições, da localização e das regras gerais de apresentação de sumários (é a enumeração de suas partes);
- g) NBR 6034, que trata das definições, das espécies, da localização e das regras gerais de apresentação de índices;
- h) NBR 10520, que trata das definições, localização, regras gerais de apresentação e sistema de chamada de citações;
- i) NBR 6023, que trata das definições, elementos (e sua transcrição), localização, regras gerais de apresentação e ordenação de referências.

Aqui serão sistematizadas apenas as normas, e dentro delas as regras gerais, aplicáveis aos trabalhos que são objeto deste texto⁷.

6.2 Resumo

O resumo é tratado, de forma específica, na NBR 6028:2003, e em seu conteúdo deve apresentar, de forma concisa, os pontos relevantes do trabalho, destacando, em especial os objetivos, a metodologia empregada e o resultado obtido. O objeto do trabalho deve ficar claro no resumo.

Deve ser redigido em parágrafo único, composto por uma seqüência de frases concisas e afirmativas (não deve ser redigido sob a forma de enumeração de tópicos). A primeira frase deve ser significativa, deixando claro o tema do trabalho. A seguir devem ser informados os objetivos (de forma extremamente resumida), a forma de tratamento dada ao tema (método de procedimento,

técnica e natureza da pesquisa) e os resultados obtidos (de forma exclusivamente indicativa e extremamente resumida). Deve-se utilizar o verbo na voz ativa e na terceira pessoa do singular.

As palavras-chave devem figurar logo abaixo do resumo, antecedidas da expressão “Palavras-chave:”, separadas entre si por ponto e finalizadas também por ponto. O número dessas palavras deve ser de no máximo 6 (critério do currículo *lattes*).

Quanto à sua extensão, deve conter, nos artigos científicos, de 100 a 250 palavras; sendo utilizado nos *papers* (não é obrigatório) e pequenos artigos, realizados como trabalho de disciplina, recomenda-se que contenha de 50 a 100 palavras.

Quando inserido no próprio documento, o resumo é precedido da expressão “Resumo”. Nos *papers* e artigos, essa expressão antecede o próprio resumo, em sua primeira linha, e é seguida de dois pontos⁸. Relativamente ao espaçamento entre linhas e ao tamanho da fonte sugere-se, nesses trabalhos, a utilização de tamanho de fonte menor⁹ e espaçamento simples; não existe para eles nenhuma regra prevista expressamente nas normas da ABNT.

6.3 Regras gerais para formatação

A ABNT, em especial na seção 5 da NBR 14724:2005, estabelece um conjunto de regras gerais de apresentação, algumas de forma taxativa e outras de forma mais flexível. Far-se-á aqui, relativamente aquelas que possuem parâmetros parcialmente abertos, sugestões, que poderão ou não ser adotadas.

6.3.1 Papel e impressão

São regras básicas relativamente ao papel a ser utilizado e à forma de sua impressão:

- a) o papel, de acordo com a ABNT, deve ser branco, tamanho A4; entretanto, considerando-se a questão ecológica e a necessidade de preservar os recursos naturais, recomenda-se a utilização de papel reciclado, mesmo que não seja totalmente branco;
- b) a impressão deve ser na cor preta (com exceção de eventuais ilustrações), no anverso das folhas¹⁰ (com exceção da ficha catalográfica, na folha de rosto, quando se tratar de trabalhos de curso, monografias, dissertações e teses).

6.3.2 Fonte

A fonte¹¹ deve ser de tamanho 12 para o texto regular e tamanho menor¹² para as citações longas, notas de rodapé, paginação e legendas.

6.3.3 Margens

Devem ser adotadas as seguintes margens¹³:

- a) superior, de 3 cm;
- b) inferior, de 2 cm;
- c) esquerda, de 3 cm;
- d) direita, de 2 cm.

6.3.4 Digitação do texto e espaçamentos

Os principais critérios a serem adotados no espaçamento entre linhas na digitação do trabalho são:

- a) para o texto, espaço 1,5 (um e meio)¹⁴;
- b) para os títulos das seções primárias adota-se como regra digitá-lo junto à margem superior (na primeira linha da mancha¹⁵) e separado por 2 espaços 1,5 do texto que o segue (o espaço normal, dado sempre que se conclui um parágrafo, mais um espaço adicional¹⁶);
- c) os títulos, a partir da seção secundária, devem ser separados do texto anterior e do posterior por dois espaços 1,5 (o espaço normal, dado sempre que se conclui um parágrafo, mais um espaço adicional¹⁷);
- d) para as referências, utilizar espaço simples entre as linhas de uma mesma referência e espaço 1,5 entre uma referência e outra¹⁸;
- e) nas citações longas (em destaque), utiliza-se espaço simples;
- f) nas notas, utiliza-se também espaço simples;
- g) nas ficha catalográfica, da mesma forma, espaço simples;
- h) para as legendas de ilustrações e tabelas, utiliza-se espaço simples;
- i) as informações sobre a natureza e o objetivo do trabalho e sobre a IES a que é submetido e a área de concentração do curso, nas folhas de rosto e de aprovação, devem ser digitadas em espaço simples, sendo o texto alinhado do meio da mancha¹⁹ para a margem direita.

Relativamente ao projeto gráfico ABNT (seção 5.1 da NBR 14724:2005, em seu segundo parágrafo), é o mesmo de responsabilidade do autor do trabalho. Não há na norma qualquer referência à justificação ou não dos parágrafos normais do texto, bem como sobre a entrada desses parágrafos (iniciar a primeira linha alinhada à margem ou com um espaço regular de entrada em todos os parágrafos). Nessas situações, como em outras não tratadas pela ABNT, havendo regra definida na língua portuguesa, deve a mesma ser utilizada; não havendo, vale a regra referida acima, que atribui liberdade ao autor do trabalho.

6.3.5 *Paginação*

Relativamente à paginação, devem ser observadas as seguintes regras:

- a) são contadas todas as folhas, mas a numeração só é colocada a partir da primeira folha da parte textual²⁰; nos trabalhos acadêmicos, digitados sem folha de rosto e sumário, a numeração é colocada a partir da folha 2;
- b) a numeração é colocada em números arábicos, no canto superior direito, a 2 cm da borda superior e a 2 cm da borda direita da folha (dentro da cabeçalho)²¹; e
- c) havendo apêndices ou anexos, a numeração deve ser contínua e única, dando sua paginação seqüência a do texto que os precede.

6.3.6 *Numeração progressiva das seções*

Segundo a NBR 6024:2003, que trata especificamente desse objeto, emprega-se, para a numeração progressiva das seções, algarismos arábicos. As regras básicas a serem seguidas são:

- a) alinha-se o indicativo de seção na margem esquerda, precedendo o título e dele separado por um espaço de caractere;
- b) limita-se a numeração progressiva até a seção quinária;
- c) empregam-se para as seções primárias, indicativos grafados em número inteiros, a partir de 1;
- d) empregam-se para as seções secundárias, indicativos formados pelo indicativo da seção primária a que pertence, seguidos dos números que lhes forem atribuídos na ordem do texto, separando-os por um ponto. E assim sucessivamente, até as seções quinárias;
- e) não se utiliza ponto ou qualquer outro sinal (hífen, travessão ou outros) após o indicativo de seção ou seu título;
- f) desejando-se destacar gradativamente os títulos das seções, utiliza-se recursos gráficos (caixa alta, negrito, itálico ou outros).

Segundo a NBR 6024:2003, “todas as seções devem conter um texto relacionado com elas”.

Para enumerar assuntos que não possuam título, utilizam-se alíneas, dispostas graficamente conforme as seguintes regras:

- a) são ordenadas alfabeticamente, sendo cada letra indicativa de uma alínea seguida de “)”;
- b) a última frase do texto anterior às alíneas termina em dois pontos;
- c) cada alínea ocupa uma nova linha;

- d) o texto de cada alínea começa com letra minúscula e, com exceção da última, termina em ponto e vírgula (sendo cumulativas ou alternativas, pode ser acrescentado, após a penúltima, “e” ou “ou”, conforme o caso);
- e) o texto das demais linhas de cada alínea, que não a primeira, inicia sob a primeira letra do texto da própria alínea²².

6.3.7 Títulos

Relativamente aos títulos, devem ser observadas as seguintes regras:

- a) adota-se para os títulos com indicativos numéricos a sua numeração progressiva²³ com algarismos arábicos;
- b) os títulos que possuem indicativo numérico (das seções) devem ser alinhados na margem esquerda, precedidos de seus indicativos numéricos, deles separados por um espaço de caractere (não se utiliza ponto, hífen, travessão ou qualquer outro sinal), e separados dos textos que os precedem e que os sucedem por dois espaços 1,5 (o espaço normal, dado sempre que se conclui um parágrafo, mais um espaço adicional²⁴);
- c) destacam-se gradativamente os títulos das seções utilizando-se recursos gráficos (caixa alta, negrito, itálico ou outros);
- d) aplicam-se as mesmas regras de espaçamento para o título geral (em *papers* e artigos) e o título das referências, mas nesse caso devem ser centralizados.

6.3.8 Siglas

Na primeira vez que aparecer no texto, coloca-se a forma completa do nome seguida da sigla entre parênteses; a partir de então é utilizada apenas a sigla. Também podem ser apresentadas em lista de abreviaturas e siglas, conforme seção 4.1.13 da NBR 14724:2005.

6.3.9 Ilustrações e tabelas

Qualquer que seja o seu tipo, sua identificação deve aparecer na sua parte inferior, iniciada pela palavra designativa (esquema, fluxograma, gráfico, organograma, quadro, tabela e outros), seguida de seu número de ordem (com base na seqüência em que aparecem no texto), em algarismos arábicos, e do respectivo título ou legenda explicativa (breve e clara).

Respeitado o projeto gráfico, cada ilustração deve ser inserida o mais próxima possível do trecho do texto a que se refere ou que lhe faz referência.

6.4 Orientações específicas para notas, citações e referências

As citações são tratadas pela ABNT, especificamente na NBR 10520:2002, norma técnica na qual também se encontra um conjunto de orientações relativamente às notas. As referências são tratadas na NBR 6023:2002.

6.4.1 Notas

Segundo a NBR 10520:2002 as notas podem ser de rodapé, de referência e explicativas. Ao mesmo tempo, as notas de referência e as notas explicativas aparecerem nessa norma como seções secundárias (respectivamente 7.1 e 7.2) da seção notas de rodapé (seção primária 7). De outro lado, a NBR 6023:2002, em seu item 5, ao tratar da localização das referências, estabelece que essas podem estar, entre outros lugares, no rodapé, ao final de uma seção primária ou ao final do texto. Considerando-se que as referências são notas, entende-se ser necessário adotar uma melhor classificação, a partir de dois critérios distintos: a sua localização e o seu conteúdo.

Considerando a sua localização, as notas podem ser:

- a) notas de rodapé;
- b) notas de final de seção;
- c) notas de final de texto.

Considerando-se o seu conteúdo, as notas podem ser:

- a) notas de referência (indicam fontes consultadas ou remetem a outras partes do trabalho onde o assunto foi abordado);
- b) notas explicativas (comentários, esclarecimentos ou explanações que não possam ser incluídos no texto).

Segundo a seção 7 da NBR 10520:2002, “deve-se utilizar o sistema autor-data para as citações no texto e o numérico para notas explicativas”; também essa mesma norma técnica estabelece, na seção 6.2.1, que “o sistema numérico não deve ser utilizado [para as citações] quando há notas de rodapé”. No mesmo sentido, a NBR 6023:2002, na seção 9.2, *in fine*, reforça essa posição ao estabelecer que “o sistema numérico não pode ser usado concomitantemente para notas de referência e notas explicativas”.

Deve-se ainda, quanto às notas, considerar as seguintes regras:

- a) segundo a NBR 10520:2002 as notas são numeradas com algarismos arábicos, devendo a numeração ser única e consecutiva para cada capítulo ou parte, ou para o trabalho como um todo;
- b) relativamente à fonte, estabelece a NBR 14724:2005 que se deve utilizar fonte menor do que a utilizada no texto normal do trabalho (recomenda-se utilizar fonte tamanho 8);

- c) quanto ao espaçamento, estabelece a NBR 14724:2005 que devem ser digitadas em espaço simples, não sendo inserido nenhum espaço adicional entre uma nota e outra;
- d) segundo a NBR 10520:2002, o alinhamento do texto das demais linhas de cada nota, que não a primeira, inicia sob a primeira letra do texto da própria nota²⁵, deixando em destaque o expoente.

6.4.2 Citações

As citações são objeto específico da NBR 10520:2002 e podem ser classificadas em 3 espécies:

- a) citação direta (transcrição textual);
- b) citação indireta (paráfrase, texto baseado na obra referida);
- c) citação de citação (citação direta ou indireta de um texto ao qual apenas se teve acesso através de outro texto que não o original).

Sua localização pode ser no texto ou em notas de rodapé, devendo ser apresentadas segundo as seguintes regras gerais:

- a) a utilização do ponto final após as citações deve atender às regras gramaticais;
- b) citações diretas de até 3 linhas devem ser inseridas no parágrafo normal e contidas entre aspas;
- c) utilizam-se aspas simples para indicar citação no interior de citação;
- d) citações diretas de mais de 3 linhas devem ser destacadas em parágrafo próprio, sem aspas, com recuo de 4 cm da margem esquerda, utilizando-se fonte menor que a do texto regular (sugere-se fonte 10) e espaço simples;
- e) indicar as supressões com [...];
- f) inserir interpolações, acréscimos ou comentários entre [];
- g) realizar ênfases ou destaques com negrito ou itálico;
- h) para trechos enfatizados ou destacados na citação, incluir as expressões “grifo nosso” ou “grifo do autor”, conforme o caso, após a chamada da citação, ainda dentro do parênteses;
- i) para trechos traduzidos pelo autor do trabalho, deve-se incluir a expressão “tradução nossa”, após a chamada da citação, ainda dentro dos parênteses;
- j) dados obtidos por informação verbal devem ser seguidos da expressão “informação verbal” entre parênteses, mencionando-se os dados e informações disponíveis em nota de rodapé.

Relativamente ao sistema de chamada, as regras gerais de apresentação das referências das citações são:

- a) as citações são indicadas no texto, por um sistema de chamada, existindo como opções o sistema numérico (ver NBR 6023:2002) e o sistema autor-data (SOBRENOME de cada autor ou NOME de cada entidade responsável até o primeiro sinal de pontuação, data de publicação do documento, volume, tomo, número, página – esses elementos são separados por vírgulas, sendo a página ou páginas precedida da abreviatura “p.”, e indicados entre parênteses) – recomenda-se a utilização do sistema de chamada autor-data²⁶;
- b) a referência aos autores ou instituições responsáveis deve ser em maiúsculas, quando entre parênteses, e apenas com as iniciais maiúsculas, quando a chamada estiver na própria sentença (neste caso, irão entre parênteses apenas o ano, o volume, o tomo, o número e a página);
- c) a indicação de volume, tomo e número apenas é necessária em publicações seriadas ou com mais de um volume;
- d) nas citações indiretas, a indicação da página é opcional;
- e) nas citações de citações o sobrenome do autor do texto é seguido da expressão *apud* e do sobrenome do autor da fonte consultada;
- f) havendo coincidência de sobrenomes de autores, acrescentam-se as iniciais de seus nomes; persistindo a coincidência, grafam-se os seus nomes por extenso;
- g) distinguem-se as diversas publicações de um mesmo autor em um mesmo ano pelo acréscimo de letras minúsculas, em ordem alfabética, após o ano, sem espaçamento;
- h) havendo a citação indireta de diversos documentos de um mesmo autor, mencionados simultaneamente, incluem-se todas as datas em seqüência, separadas por vírgulas;
- i) na citação indireta de diversos documentos, de autoria de diferentes pessoas, mencionados simultaneamente, deve-se incluir as referências em ordem alfabética e separá-los por ponto e vírgula.

6.4.3 Referências

Segundo a NBR 6023:2002, as referências são o conjunto padronizado de elementos descritivos retirados de um documento e que permitem a sua identificação. Sua localização pode ocorrer em:

- a) rodapé;
- b) fim de texto ou de capítulo;

- c) lista de referências;
- d) antecedendo resumos, resenhas e resenões.

Quanto à sua apresentação, estabelece essa mesma norma técnica que:

- a) devem ser apresentadas em seqüência padronizada, quer no que se refere à sua formatação, quer no que se refere aos elementos essenciais e complementares;
- b) devem ser alinhadas apenas na margem esquerda do texto;
- c) devem ser digitadas com espaço simples entre a linhas de uma mesma referência e espaço 1,5 entre uma referência e outra²⁷ (não se trata aqui de incluir um espaço adicional, mas sim da adoção de dois critérios concomitantes, um para o espaçamento interno – dentro de cada referência –, que é o espaço simples, e outro para o espaçamento entre uma referência e outra – o *enter* dado ao final do parágrafo –, que é o espaço 1,5);
- d) o recurso utilizado para destacar o elemento título (negrito ou itálico) deve ser uniforme em todas as referências de um mesmo documento.

Ainda segundo a NBR 6023:2002, a pontuação segue padrões internacionais e deve ser uniforme para todas as referências. As abreviaturas devem ser utilizadas com base na NBR 6032:1989. É importante lembrar, nessa matéria, a obrigatoriedade de utilização da Língua Portuguesa com base nas regras oficiais.

Essa mesma norma, em sua seção 9, trata da ordenação das referências, estabelecendo que “as referências dos documentos citados em um trabalho devem ser ordenadas de acordo com o sistema utilizado para citação no texto”. Ainda nessa mesma seção está destacado que “os sistemas mais utilizados são: alfabético (ordem alfabética de entrada) e numérico (ordem de citação no texto)”. Destaca a NBR 6023:2002, que:

- a) “se for utilizado o sistema alfabético, as referências devem ser reunidas no final do trabalho, do artigo ou do capítulo, em uma única ordem alfabética.” (seção 9.1.);
- b) “se for utilizado o sistema numérico no texto, a lista de referências deve seguir a mesma ordem numérica crescente. O sistema numérico não pode ser usado concomitantemente para notas de referência e notas explicativas.” (seção 9.2).

A seção 8 da NBR 6023:2002 trata especificamente da transcrição dos elementos, estabelecendo padrões que se aplicam a todas as espécies de objetos a serem referenciadas.

7 CONCLUSÃO

O presente texto apresentou as principais espécies de trabalhos utilizados nas disciplinas e módulos de cursos e programas que integram o ensino superior. Também analisou as principais normas da ABNT aplicáveis.

As espécies e subespécies de trabalhos aqui trabalhados podem ser encontradas em outros textos com diferentes denominações e configurações. O que se procurou neste artigo foi apresentá-los de forma didática, seguindo as orientações dominantes, que se sabe não serem unânimes.

As estruturas e formatações indicadas foram adotadas considerando as normas da ABNT. Para as espécies de trabalhos que não possuem regramento específico, definiu-se a estrutura e a formatação por analogia, considerando principalmente o regramento destinado pela ABNT aos artigos acadêmicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 14724: informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação*. Rio de Janeiro, 2005.

_____. *NBR 12225: títulos de lombada*. Rio de Janeiro, 1992.

_____. *NBR 6022: informação e documentação – artigo e publicação periódica científica impressa – apresentação*. Rio de Janeiro, 2003.

_____. *NBR 10719: apresentação de relatórios técnico-científicos*. Rio de Janeiro, 1989.

_____. *NBR 6024: informação e documentação – numeração progressiva das seções de um documento escrito – apresentação*. Rio de Janeiro, 2003.

_____. *NBR 6028: informação e documentação – resumo – apresentação*. Rio de Janeiro, 2003.

_____. *NBR 6027: informação e documentação – sumário – apresentação*. Rio de Janeiro, 2003.

_____. *NBR 6034: preparação de índice de publicações*. Rio de Janeiro, 1989.

_____. *NBR 10520: informação e documentação – citações em documentos – apresentação*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 6023: informação e documentação – referências – elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

BARRAL, Welber. *Metodologia da pesquisa jurídica*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Rev. Tribunais, 1997.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. *Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

SALOMON, Délcio Vieira. *Como fazer uma monografia*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VENTURA, Deisy. *Monografia jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹ A utilização da expressão ficha de leitura deriva do fato que antes do advento do computador o registro de informações era realizado em fichas especiais de cartolina, existentes à época em vários tamanhos, fichas essas que eram guardadas em arquivos especiais, para serem consultadas quando necessário.

² Alternativas bastante interessantes de fichas de leitura podem ser encontradas em Pasold (2002, p. 107-126) e Nunes (2002, p. 66-78).

³ As informações sobre o autor (seu mini-currículo) podem ser colocadas abaixo do seu nome ou em nota de rodapé; a última opção é a mais utilizada.

⁴ Na resenha de um único texto a referência aparece, regra geral, como título, ou então indicada logo no início, na descrição de seu objeto.

⁵ As informações sobre o(s) autor(es) (seu mini-currículo) podem ser colocadas abaixo do seu nome ou em nota de rodapé; a última opção é a mais utilizada.

⁶ As informações sobre o(s) autor(es) (seu mini-currículo) podem ser colocadas abaixo do seu nome ou em nota de rodapé; a última opção é a mais utilizada.

⁷ Especificamente sobre a monografia podem ser consultadas as obras de Oliveira (2003), Bittar (2002), Ventura (2002) e Leite (1997).

⁸ Nas monografias, dissertações e teses, essa expressão aparece como título pré-textual.

⁹ Recomenda-se a utilização de fonte 10.

¹⁰ Considerando-se a questão ecológica e a necessidade de preservar os recursos naturais, recomenda-se a impressão utilizando o verso e anverso, sempre que possível, mesmo em descumprimento às normas da ABNT.

¹¹ Recomenda-se a utilização da fonte *arial*.

¹² Para as citações longas, a paginação e as legendas sugere-se tamanho 10; para as notas de rodapé, tamanho 8.

¹³ Para fazer isso no Word, vá para formatar “parágrafo”, no caixa “recuos e espaçamentos”, indicando no item “margens”, nos campos específicos, em centímetros, as margens desejadas.

¹⁴ A NBR 14724/2002 indicava que o texto deveria ser digitado ou datilografado com espaço duplo. Essa orientação trazia um problema prático, tendo em vista que em muitas máquinas de escrever o espaço duplo equipara-se ao espaço 1,5 dos redatores de textos mais utilizados para digitação, como é o caso do Word. A versão de 2005 dessa mesma norma adota como parâmetro o espaço 1,5, que dá ao trabalho melhor apresentação gráfica e menor dispêndio de papel.

¹⁵ Mancha é a parte da folha destinada ao texto; a parte situada entre as margens.

¹⁶ No Word, ao concluir a digitação do título, clicar duas vezes na tecla *enter*. Desejando fazê-lo de forma automática no Word, selecione um a um os parágrafos dos títulos das seções primárias; na seqüência vá para formatar “parágrafo”, caixa “recuos e espaçamentos”, item “espaçamento”, indicando no campo “depois”, 20 pontos.

¹⁷ No Word, ao concluir a digitação do título, clicar duas vezes na tecla *enter*. Desejando fazê-lo de forma automática no Word, selecione um a um os parágrafos dos títulos das seções, a partir das secundárias; na seqüência vá para formatar “parágrafo”, caixa “recuos e espaçamentos”, item “espaçamento”, indicando nos campos “antes” e “depois”, 20 pontos.

¹⁸ Para fazer isso de forma automática no Word, selecione os parágrafos das referências; na seqüência vá para formatar “parágrafo”, caixa “recuos e espaçamentos”, item “espaçamento”, indicando no campo “depois”, 8 pontos.

¹⁹ Mancha é a parte da folha destinada ao texto; a parte situada entre as margens.

²⁰ Nas monografias, dissertações e teses, para fazer isso no Word é, pode-se utilizar duas estratégias diversas: (a) dividir o texto do trabalho em dois arquivos, sendo o primeiro composto pelos elementos pré-textuais e o segundo pelos elementos textuais e pós-textuais. No primeiro desses arquivos não inserir numeração de páginas. No segundo, em inserir “números de página”, colocar: no campo “posição”, “início da página (cabeçalho)”, e no campo “alinhamento”, “direita”; ainda nessa caixa, clicar em “formatar” e, quando abrir a nova caixa, ir para o campo “numeração de página”, indicando em “iniciar em” o número correspondente à primeira folha da parte textual; ou (b) aplicar o recurso quebra de seção, utilizando, para a numeração de páginas o recurso “inserir número de páginas”, marcando no item posição a opção “início de página”, no item alinhamento a opção “direito” e desmarcando a opção “mostrar número na 1ª página”.

²¹ No Word, utilizar “inserir número de páginas”, marcando no item posição a opção “início de página”, no item alinhamento a opção “direito” e desmarcando a opção “mostrar número na 1ª página”; na seqüência vá para arquivo “configurar de página” e na caixa “margens”, item “a partir das margens”, indique 2 cm para o cabeçalho e 1 cm para o rodapé.

²² Para fazer isso no Word, vá para formatar “parágrafo” e na caixa “recuos e espaçamentos”, item “especial”, marque “deslocamento” e indique, em milímetros, o espaço desejado.

²³ Ver NBR 6024/2003.

²⁴ No Word, ao concluir a digitação do título, clicar duas vezes na tecla *enter*. Desejando fazê-lo de forma automática no Word, selecione um a um os parágrafos dos títulos das seções, a partir das secundárias; na seqüência vá para formatar “parágrafo”, caixa “recuos e espaçamentos”, item “espaçamento”, indicando nos campos “antes” e “depois”, 20 pontos.

²⁵ Para fazer isso no Word, vá para formatar “parágrafo” e na caixa “recuos e espaçamentos”, item “especial”, marque “deslocamento” e indique, em milímetros, o espaço desejado.

²⁶ As normas da ABNT não permitem a utilização das notas de rodapé, quer para realizar indicações, observações ou aditamentos, quer como notas explicativas, quando tiverem sido utilizadas para as notas de referência (item 6.2.1 da NBR 10520/2002). Assim, utilizando as notas de rodapé para referenciar as citações, não se pode utilizar as notas de rodapé para qualquer outra finalidade. A utilização do sistema autor-data, além da maior facilidade de utilização, libera as notas de rodapé para serem utilizadas em suas outras finalidades.

²⁷ Para fazer isso no Word, selecione os parágrafos das referências; na seqüência vá para formatar “parágrafo”, caixa “recuos e espaçamentos”, item “espaçamento”, indicando no campo “depois”, 8 pontos.

ACADEMIC TASKS IN SUBJECTS PART OF HIGHER EDUCATION COURSES AND PROGRAMS

ABSTRACT

This text intends to assess the academic works normally demanded as part of the activities related to subjects which are part of the schedule of higher education courses and programs. The main purposes of the author are to present and explain the main kinds of academic activities, such as the *paper*, the review and the article, pointing out their most important kinds and formal structure and organizing the most relevant rules applicable to academic works, established by the Brazilian Association for Technical Rules (ABNT).

KEYWORDS: ABNT. Research. Research Methodology. *Paper*. Review. Article. Academic works.

TRAVAUX POUR DISCIPLINES DES COURS ET DES PROGRAMMES INTEGRANTS DE L'EDUCATION SUPERIEURE

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un texte sur les travaux généralement utilisés dans le cadre des disciplines des cours et des programmes intégrant de l'éducation supérieure. L'objectif de cet article est de présenter et expliquer leurs différents types (compte rendu, *paper*, résumé et article), indiquant leurs caractéristiques essentielles, leurs structures formelles, ainsi que de systématiser les principales normes de l'ABNT applicables aux travaux académiques et académiques.

MOTS-CLÉS: ABNT. Recherche. Méthodologie de la recherche. Compte rendu. *Paper*. Résumé. Article. Travaux académiques.

A INDISPONIBILIDADE DE BENS “ON-LINE” NA EXECUÇÃO FISCAL E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

*Hugo de Brito Machado Segundo**

Introdução. 1 Hipótese de incidência da norma contida no art. 185-A do CTN. 2 Trata-se, realmente, de uma “penhora on-line”? 3 No que o dispositivo inovou? 4 A regra do art. 185-A do CTN e o postulado da proporcionalidade. Conclusões. Referências bibliográficas.

RESUMO

Neste artigo é examinada a figura da indisponibilidade de bens on-line, no âmbito das execuções fiscais ajuizadas com o propósito de obter a satisfação do crédito tributário. Faz-se análise dos pressupostos de incidência da norma veiculada no art. 185-A do CTN, introduzida no ordenamento pela LC 118/2005. Em seguida, procede-se ao cotejo da proporcionalidade da medida, que se destina a tornar efetiva a tutela de execução, verificando-se se a mesma é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para chegar à finalidade a que se propõe.

PALAVRAS-CHAVE: Penhora. Indisponibilidade de bens. Execução fiscal. Efetividade da tutela. Crédito tributário. Proporcionalidade. Excesso.

INTRODUÇÃO

A Lei Complementar (LC) n. 118/2005, editada com a finalidade de “adaptar” o Código Tributário Nacional (CTN) à nova “Lei de Falências”, nele inseriu, entre outras inovações, o artigo 185-A, assim redigido:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará

* Advogado em Fortaleza. Mestre em Direito pela UFC. Professor de Direito Tributário da Faculdade Christus. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo Tributário da UNIFOR.

a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

§ 1.º. A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento dos bens ou valores que excedem esse limite.

§ 2.º. Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

De plano, se percebe, além da violência ao vernáculo¹, que o dispositivo nada tem a ver com a nova Lei de Falências. O mesmo pode ser dito da alteração “interpretativa” da forma de contagem do prazo para se pleitear a restituição do indébito tributário, e de outras “novidades” trazidas pela LC 118/2005. É o que Aires F. Barreto e Gilberto Rodrigues Gonçalves chamam de *expediente de ética discutível*, configurado quando a Administração Federal:

leva ao exame do Congresso Nacional, ou projetos de lei ou medidas provisórias, nos quais mistura assuntos diferentes, sempre com algum aspecto benéfico aos contribuintes sobre o qual gera ampla repercussão, ao mesmo tempo em que escamoteia do debate outros dispositivos gravosos para a coletividade.²

Pondo de lado a questão de como o processo legislativo foi conduzido, e os desdobramentos que a mesma poderia trazer à legitimidade da norma em exame, o certo é que se trata de regra editada com o nítido propósito de dar maior efetividade à tutela executiva fiscal. É sabido que a maior parte dos órgãos judiciários encarregados de processar as ações de execução fiscal, no Brasil, está bastante sobrecarregada. Essa sobrecarga, somada a outras causas não menos relevantes, faz com que muitas dessas demandas terminem não-satisfeitas. A medida determinada pelo art. 185-A do CTN, já alcunhada de “penhora on-line”, tem o claro propósito de evitar que isso aconteça.

A fim visado pela regra, portanto, é válido. Entretanto, a menos que se aceite a máxima de que “os fins justificam os meios”, de resto incompatível com um Estado Democrático de Direito, isso não basta para se considerar válida a alteração legislativa de que se cuida. Deve-se examinar se a mesma, além de

visar ao atendimento de um fim válido, é também meio *adequado, necessário e proporcional em sentido estrito* para chegar a esse fim.

É o que pretendemos fazer neste texto.

1 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA NORMA CONTIDA NO ART. 185-A DO CTN

Para sabermos se a "indisponibilidade" veiculada pelo art. 185-A. do CTN configura meio *proporcional* para chegar ao fim a que se destina, devemos, primeiro, examinar em que hipóteses, e como, a mesma pode ser decretada. Vejamos.

Pelo que se pode perceber do texto no qual a norma em exame é veiculada, para a sua incidência são exigidos os seguintes pressupostos de fato: (i) existência de um processo de execução fiscal; (ii) realização de citação válida; (iii) decurso *in albis* do prazo legal para pagamento ou oferecimento de bens a serem penhorados; (iv) insucesso na tentativa de localização de bens pelo exeqüente e pelo órgão judiciário.

É preciso, em outras palavras, que o sujeito passivo da relação tributária, tendo sido executado, *saiba* da existência da execução, e propositadamente se mantenha inerte, não procurando solver a dívida nem oferecer garantias para discuti-la. E ainda: é preciso que o exeqüente e o juízo da execução tenham tentado encontrar bens penhoráveis e não os tenham localizado. Só depois disso é que a medida extrema poderá ser aplicada.

Percebe-se, portanto, ainda sem fazer qualquer consideração quanto à validade da "indisponibilidade" em questão, que a mesma não pode ser decretada se o executado, citado, apresenta bens à penhora, ainda que estes não sejam aceitos pela Fazenda Pública, ou sejam considerados insuficientes. Do mesmo modo, se, citado, o executado deixa transcorrer o prazo de que dispõe para pagar ou oferecer bens (muitos fazem isso, pois tudo o que perdem é o direito de escolher sobre quais bens a constrição irá recair), a "indisponibilidade" não poderá ser decretada *sem que antes sejam procurados, pelo oficial de justiça, bens penhoráveis*. Só depois de essa procura ser realizada, caso haja total insucesso, a medida poderá ser decretada. Se não houver a tentativa frustrada de cumprimento de mandado de penhora e avaliação, ou se forem localizados bens (ainda que em valor insuficiente), a indisponibilidade também não poderá ser decretada.

É importante fazer essa ressalva para que a norma, caso venha a ser considerada válida, não seja aplicada de modo indevido, com a decretação de medidas ainda mais gravosas, excessivas e desnecessárias que as que dela normalmente já decorreriam.

2 TRATA-SE, REALMENTE, DE UMA "PENHORA ON-LINE"?

Já está difundida, nos meios forenses e acadêmicos, a designação "penhora on-line" para a decretação de indisponibilidade de que se cuida. O adjetivo

“on-line” deve-se ao fato de que a mesma será feita “preferencialmente por meios eletrônicos”.

Mas, é realmente de uma penhora que se está tratando?

Parece-nos que não.

A decretação de indisponibilidade não é, ainda, a penhora. Não dispensa – em nosso entendimento – a formalização da penhora, a partir da qual se inicia o prazo para a oposição de embargos. A natureza da indisponibilidade, do ponto de vista da Teoria do Processo, é de uma “medida cautelar”, destinada a garantir a futura realização da penhora e, por conseguinte, a efetividade da tutela jurisdicional executiva.

Não se trata de mera filigrana, ou questão terminológica sem importância. Não. A rigor, a distinção é relevante, tanto para fins de contagem do prazo de oposição de embargos do executado, como porque a pessoa à qual a ordem de “indisponibilidade” é dirigida (*v.g.* autoridade de trânsito), não tem competência para realizar atos que são próprios da autoridade vinculada ao poder judiciário (avaliação, eventual remoção etc.).

Assim, uma vez indisponíveis, os bens poderão ser penhorados. É para isso, aliás, que os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* do art. 185-A deverão enviar ao juízo, “imediatamente”, relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido (§ 2.º). De posse das “relações” que receber de todos os órgãos e entidades, o juízo então determinará a realização da penhora sobre aqueles considerados necessários e suficientes à garantia da execução.

Só depois disso é que começará a fluir o prazo para oposição dos embargos.

3 NO QUE O DISPOSITIVO INOVOU?

Outro dado que merece ser lembrado é o de que muitos juízes de varas de execução fiscal já vinham decretando (*ex officio e ad cautelam*), a indisponibilidade de bens do executado. Em alguns casos, distribuída a execução, já se procedia à indisponibilidade, junto à autoridade do Departamento de Trânsito, de todos os veículos registrados no nome do executado. Sem requerimento da fazenda exequente e muitas vezes sem nenhuma necessidade.

O dispositivo, sob esse prisma, veio, em certo sentido, – por incrível que pareça – *restringir* as hipóteses em que tal decretação pode ocorrer. Como apontado no item anterior, não basta que exista a execução, sendo necessário que o executado seja citado, não pague nem indique bens, nem sejam encontrados quaisquer bens. Os juízes que decretavam “indisponíveis” veículos sem obediência a esses requisitos agora terão de observá-los.

Mas a indisponibilidade que já vinha ocorrendo dizia respeito, no mais das vezes, apenas a veículos. E era decretada em relação a bens *determinados*.

O art. 185-A do CTN representa, nesse ponto, grande inovação, pois faz alusão também a imóveis, ao mercado de capitais, e à autoridade supervisora do mercado bancário (Banco Central), o que poderá implicar o bloqueio de todas as contas bancárias do executado.

E mais: o dispositivo expressamente prevê a possibilidade factual de serem decretados indisponíveis bens em montante superior ao necessário à garantia da execução, determinando, em tal hipótese, o "imediato" levantamento dos que excedam esse limite. E o excesso não raro ocorrerá, pois, como observa Luciano Amaro, mesmo se o juiz informar a cada destinatário da ordem o "total exigível" do crédito executado, isso não impedirá

que cada destinatário, na melhor das hipóteses, bloqueie bens até esse valor (o que já multiplica o efeito do gravame). Como, para piorar, os destinatários da comunicação judicial não necessariamente saberão o valor dos bens, isso os levará a bloquear tudo o que houver, até que o juiz, quando estiver de posse das relações recebidas dos vários órgãos e entidades, e puder ter uma avaliação desses bens, tenha condições de, efetivamente, determinar o levantamento (que, nessa ocasião, já não se poderá qualificar de 'imediato') da indisponibilidade do que for excedente.³

Aires F. Barreto e Gilberto Rodrigues Gonçalves observam, a esse respeito, que "imediato, urgente, rigoroso, prioritário e outros belos adjetivos fazem parte do festival de expressões sem credibilidade por quantos militam no espaço dos serviços público. (...) Com a conhecida sobrecarga da máquina judiciária, em que prazo se pode esperar liberado o excesso de penhora?"⁴. Esses mesmos autores lembram, ainda, que "imediato", para fins de restituição do tributo pago antecipadamente no regime de substituição tributária "para frente", na hipótese de o fato gerador presumido não acontecer (CF/88, art. 150, § 7.^o), equivale a 90 dias (LC 87/96, art. 10). "Por isso, razoável a dúvida: se o 'imediato' constitucional pode ser transformado em 90 dias, quantos dias poderá alcançar o 'imediato' do art. 185-A?"⁵.

São essas considerações que nos levam a ponderar a respeito da *proporcionalidade* da medida.

4 A REGRA DO ART. 185-A DO CTN E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

Hoje é relativamente pacífico, nos meios acadêmicos e nos Tribunais, que as leis e demais atos do poder público, normativos ou não, além de deverem ser elaborados com observância de exigências formais (competência, legalidade etc.), devem ter o propósito de atingir finalidades constitucionalmente determi-

nadas. E, além disso, devem representar medidas *proporcionais* ao atendimento dessas finalidades. A proporcionalidade, portanto, é uma exigência adicional de validade. Como doutrina J. J. Gomes Canotilho, com a precisão que lhe é peculiar, com a proporcionalidade “é possível recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão”.⁶

Não é nosso propósito, aqui, alongar a discussão a respeito do postulado da proporcionalidade.⁷ Basta lembrarmos que, para que o mesmo seja atendido, é necessário que o meio ou o instrumento cuja validade se examina seja adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para chegar à finalidade a que se destina. Isso, em outros termos, significa que: (i) o instrumento deve efetivamente conduzir ao fim visado; (ii) não devem existir outras medidas que também conduzam ao fim visado de modo menos gravoso a outros direitos fundamentais relacionados com o problema; (iii) a medida deve implicar o menor sacrifício possível aos direitos fundamentais em tensão, ou, em outras palavras, trazer mais benefícios que malefícios.

Vejamos, então, se a indisponibilidade de que cuida o art. 185-A do CTN atende a essas exigências.

Com a indisponibilidade dos bens do executado, será possível tornar efetiva a execução? A resposta, ao que nos parece, é sim. Se o executado possuir dinheiro em instituições financeiras, veículos, ações ou imóveis registrados em seu nome, a execução poderá ser com eles garantida, e, posteriormente, se for o caso, o crédito será satisfeito. Dar-se-á plena otimização ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional executiva.

Isso, porém, não é suficiente para garantir a proporcionalidade da medida, que ainda pode ser considerada desnecessária, ou desproporcional em sentido estrito. Não há “hierarquia” entre as subdivisões do postulado da proporcionalidade. Condenar à morte os devedores de tributos também poderia ser “apto”, nesse sentido, pois conduziria (de fato) ao fim visado (imediato pagamento), mas a gravidade da lesão a outros direitos fundamentais dispensa comentários adicionais, sendo certo que a medida seria desnecessária, e completamente desproporcional em sentido estrito.

Entretanto, mesmo essa adequação não subsiste de modo tão nítido caso se recorde que o fim da execução fiscal não é satisfação do crédito tributário a qualquer custo. Fosse assim, a participação do Judiciário, e a procedimentalização da cobrança, seriam desnecessários. A finalidade da execução é satisfazer o crédito tributário *devido*, nos termos do devido processo legal, e da maneira menos gravosa possível ao executado. Vista a finalidade da execução por esse prisma, a “indisponibilidade” pode, em muitos casos, mostrar-se inadequada.

E, na seqüência, se lembrarmos que a ineficiência da execução não é causada apenas por contribuintes “sonegadores” que “se escondem”, mas em larga medida pela propositura açodada e automática de execuções “feitas pelo

sistema", e, sobretudo, pela falta de aparelhamento do Poder Judiciário, ver-se-á que a "adequação" da medida passa a ser duvidosa.

As considerações feitas nos dois últimos parágrafos do item anterior já nos permitem questionar se a medida de que se cuida é necessária. Existem outros meios que também chegariam à mesma finalidade, de modo menos gravoso? A resposta, ao que nos parece, é sim. A indisponibilidade de que se cuida é medida demasiadamente gravosa, e sua aplicação só se justificaria em casos assaz extremados (previstos, *v.g.*, para o deferimento de uma cautelar fiscal). Nunca como algo ordinário.

Devemos lembrar que a citação, na ação de execução fiscal, não raro é feita com a entrega do mandado a preposto do executado, que não detém poderes de decisão. Por conta disso, ocorre com freqüência de só depois de muito tempo o executado dela tomar conhecimento. E, no caso de execuções oriundas de "autolancamento", o contribuinte apresenta declarações, que acredita estarem pagas, mas "erros do sistema" fazem com que o valor seja imediatamente inscrito em dívida ativa e executado, sem nenhuma intimação prévia.⁸ Por tais razões, com o advento do art. 185-A do CTN, pode ocorrer de muitos contribuintes só tomarem conhecimento da execução já quando do bloqueio de seus bens.

Além disso, como foi apontado acima, muitos dos órgãos ou entidades que receberem a ordem de "indisponibilidade" não terão como avaliar os bens. O Oficial do Registro de Imóveis, por exemplo, à luz de escrituras e registros efetuados há muitas décadas, em outra moeda, tornará indisponíveis quantos imóveis, se não tem como saber o valor de mercado destes? Por conta disso, terminarão sendo indisponibilizados todos. O mesmo vale para a autoridade de trânsito. Aliás, como cada órgão não saberá quantos bens já foram tornados "indisponíveis" por outros órgãos, tornará indisponíveis todos aqueles que estiverem sob sua fiscalização, fazendo com que o executado sofra bloqueio diversas vezes superior ao montante do crédito executado.

É curioso como se diz, em defesa da medida veiculada pelo art. 185-A do CTN, que as Varas de Execução Fiscal estão sobrecarregadas, que para praticar um simples ato processual levam-se meses etc., o que justificaria a medida "on-line". Quando se lhes opõe a possibilidade de excesso, o que poderia inviabilizar o funcionamento e o prosseguimento de uma atividade econômica, ou a própria subsistência do cidadão, a saída apontada é a previsão de "imediata" liberação do patrimônio excedente. Ora, o "imediato", aqui, não poderia ser mais onírico, entre outras razões, pela mesma sobrecarga que leva à ineficiência do executivo fiscal. Apenas substituiu-se a parte prejudicada pela demora, pondo-se os ônus dela decorrentes nas costas do cidadão contribuinte, que não tem poderes para filtrar execuções descabidas nem para aumentar o número de juízes e servidores nos órgãos judiciários.

Imagine-se que, hoje, um Juiz de uma Vara de Execuções Fiscais, na qual tramitam aproximadamente 60 mil processos, resolva "tornar indisponíveis" os

bens dos executados que se enquadram na hipótese de incidência da norma veiculada pelo art. 185-A do CTN. Suponha-se que, desse imenso universo de feitos, em apenas 60 (sessenta) deles haja bloqueio excessivo (0,1%), e esses 60 então peticionem ao juiz para “liberar” o excedente. Em quanto tempo tais pedidos serão apreciados e deferidos? O que farão esses executados, se, diante do bloqueio de suas contas bancárias, não puderem pagar empregados, fornecedores, água, luz e telefone? A quem responsabilizarão pelo erro, causador de inegáveis danos?

Nem o pagamento imediato de toda a quantia exigida, sem qualquer questionamento quanto à sua validade, faria tal “bloqueio” desaparecer com a rapidez necessária, pois o juiz que o deferiu levaria semanas, talvez meses, até ter condições de tomar todas as providências para o reverter.

Existem, seguramente, maneiras menos gravosas de se tornar efetiva a execução fiscal, sem com isso por em risco de total destruição a subsistência do executado e das atividades por ele desempenhadas.

Como se disse, o excesso de execuções fiscais não satisfeitas não é causado apenas por “contribuintes desonestos que se evadem”. Não. Estes, aliás, são responsáveis por diminuta parcela de execuções, como demonstram, com inteira propriedade, Aires F. Barreto e Gilberto Rodrigues Gonçalves.⁹ A maior causa do excesso de execuções é a propositura “automática” de execuções fiscais, sem nenhum controle prévio de sua retidão, procedência e viabilidade. A segunda causa, depois da propositura automática de execuções descabidas, é a falta de aparelhamento dos órgãos judiciários, falta de servidores etc.

Não é razoável corrigir o problema, gerado por essas duas causas, com o tiro de canhão representado pela “indisponibilidade” de que cuida o art. 185-A do CTN, que de resto mais prejudica quem menos tem responsabilidade pelo problema, e ainda obriga o juiz a tomar “de ofício” uma medida que, se fosse o caso, deveria ser requerida pela parte. A inércia e a imparcialidade do órgão judiciário restam, igualmente, prejudicadas, colocando-se o juiz no papel de cobrador de tributos.

Quais seriam, então, os meios mais adequados e menos gravosos para a resolução do problema?

Primeiro, impor à Fazenda exeqüente, e não ao Judiciário, o papel de localizar bens penhoráveis. Essa postura faria com que somente fossem propostas execuções viáveis, e certamente desafogaria as Varas de Execução Fiscal, livrando-as de milhares de processos fadados ao arquivamento. Essa medida, aliás, consta do anteprojeto de uma nova lei execuções fiscais, atualmente em discussão¹⁰, cuja aprovação praticamente esvaziará o disposto no art. 185-A do CTN.

Segundo, exigir da Fazenda exeqüente, nos casos de tributos submetidos a lançamento por homologação, quando simplesmente homologar quantias apuradas pelo próprio contribuinte, que o notifique previamente, antes de inscrever

em dívida ativa e executar eventuais diferenças declaradas e não pagas. Essa prévia notificação evitaria um sem número de execuções descabidas, devidas a erros do "sistema", que executa créditos já pagos (e não considerados por divergências nos "códigos de receita"), já compensados, decorrentes de erros no preenchimento de guias etc.

Terceiro, melhor aparelhar os órgãos do Poder Judiciário, carentes desde cartuchos de tinta para as impressoras, a oficiais de justiça para cumprir mandados e até de juízes para decidir os feitos.

É mesmo que se diga que tais medidas não substituiriam as vantagens trazidas pelo art. 185-A do CTN, seria o caso de indagar: por que tornar indisponíveis os bens? A lei bem poderia determinar que tais autoridades informassem ao Poder Judiciário a existência dos bens, e sua descrição, quantidade, etc. Já tendo a execução sido ajuizada, qualquer alienação posterior poderia ser considerada fraudulenta.¹¹ De posse dessas informações,¹² o juiz então determinaria a realização da penhora, que então teria todas as condições para não mais ser excessiva, sendo realizada apenas e tão somente sobre os bens cujo valor fosse suficiente à satisfação do crédito executado.

Poder-se-ia dizer, em oposição, que essa mera comunicação feita pelos órgãos a que alude o *caput* do art. 185-A, sem o prévio bloqueio, não seria eficiente, pois, em se tratando de dinheiro em contas bancárias, o executado o sacaria antes que se fizesse possível a penhora. O argumento parece razoável, mas de logo se percebe que não tem aplicação no que diz respeito a veículos, imóveis e demais bens. Só tem pertinência em relação ao dinheiro, o que é suficiente para demonstrar o *excesso* da medida.

Por outro lado, se a questão é a possibilidade de saque, um ponto deve ser ponderado: esse saque só seria feito por um executado que estivesse a acompanhar de perto o processo executivo. Só esse acompanhamento cuidadoso permitiria o saque no período posterior à informação e anterior à penhora. Ora, um contribuinte que assim estivesse a acompanhar a execução, ciente da existência e da possibilidade de aplicação do art. 185-A do CTN, poderia zerar o saldo de suas contas bancárias tão logo fosse citado. O argumento, portanto, não se presta para inviabilizar apenas a solução aqui proposta, mas também a aplicação do próprio art. 185-A do CTN, tal como redigido...

Ademais, em muitos casos a decretação da indisponibilidade dos recursos existentes em uma conta bancária pode implicar o próprio encerramento das atividades de uma pessoa jurídica, ou por em risco a própria subsistência de uma pessoa física. A depender do valor do crédito executado, e do porte do contribuinte, a medida pode absorver toda a sua liquidez. Ora, se a jurisprudência do STJ chegou a admitir¹³ a *penhora do faturamento*, mas restrita a hipóteses excepcionais, e ainda assim limitada em percentuais reduzidos (5%)¹⁴, para não prejudicar a subsistência da empresa, como se admitir a "indisponibilidade" de recursos que pode representar gravame superior à penhora de 100% do

faturamento? Se tal medida é necessária – o que não nos parece ser – deve-se proceder ao exame da sua proporcionalidade em sentido estrito. Não se está levando longe demais o princípio da efetividade da tutela executiva?

É preciso ter em conta, ao ponderar o princípio da efetividade da tutela executiva com outros que com ele estejam em tensão, que a execução fiscal é aparelhada com título executivo que não pode ser comparado com os demais. Os títulos executivos judiciais são “fabricados” em um processo judicial, contraditório, com todas as garantias e formalidades a ele inerentes (v.g. imparcialidade do julgador). Já os demais títulos executivos extrajudiciais, em regra, são de formação consensual e bilateral. A margem para questionamentos razoáveis, por parte do executado, é muito pequena. A Certidão de Dívida Ativa, não. É formada de modo unilateral, e, muitas vezes, automático e eletrônico, sem qualquer participação do sujeito passivo.¹⁵ Isso é suficiente para que não se dê a esse princípio, relativamente à execução fiscal, o mesmo prestígio que ele (seguramente) tem em face de outras espécies de execução.¹⁶

Em tensão com o princípio da efetividade da tutela executiva está o direito do executado de somente ser privado da parcela de seu patrimônio necessária à satisfação do crédito. Esse direito, nem é preciso dizer, é ignorado, completamente estiolado, pelo art. 185-A do CTN. Aliás, a “indisponibilidade” nele prevista, se adotada de forma indiscriminada (como ele literalmente parece autorizar), poderá trazer prejuízos irreparáveis à liberdade econômica e profissional, à livre iniciativa e, em alguns casos, à própria subsistência do executado, tudo em prol de uma maior otimização à afetividade da tutela executiva fiscal, a qual, de resto, pode ser obtida por outros meios, e não restará ineficaz caso não se proceda à indisponibilidade de que se cuida.

Não é demais insistir que, na elaboração, interpretação e aplicação de regras que busquem a efetivação de normas com estrutura de princípio jurídico, deve-se “encontrar una composición del conflicto que permita la subsistencia de cada uno de los derechos con el máximo contenido posible. Esto significa que ningún derecho tiene que retroceder más de lo que sea necesario para no recortar el del otro de un modo que sea no exigible.”¹⁷

Seguramente, esse equilíbrio não é alcançado pela medida preconizada pelo art. 185-A, do CTN.

Por tudo isso, o que nos parece proporcional, no caso, é o juízo da execução determinar às entidades e aos órgãos mencionados no art. 185-A do CTN que informem a existência, a descrição, a quantidade e os valores dos bens submetidos ao seu registro ou controle, *sem no entanto os tomar “indisponíveis”*. De posse da relação enviada por cada uma delas, o juiz então poderá determinar a realização da penhora, que nessa ocasião poderá ocorrer de modo não-excessivo, somente sobre os bens necessários à garantia da execução e à satisfação do crédito que a fundamenta.

CONCLUSÕES

De tudo o que foi exposto ao longo deste texto, podemos concluir, em suma, que:

a) a decretação da “indisponibilidade” de que cuida o art. 185-A do CTN pressupõe: (i) existência de um processo de execução fiscal; (ii) realização de citação válida; (iii) decurso *in albis* do prazo legal para pagamento ou oferecimento de bens a serem penhorados; (iv) insucesso na tentativa de localização de bens pelo exeqüente e pelo órgão judiciário.

b) mesmo respeitadas tais premissas, a “indisponibilidade” de bens não será necessariamente válida, pois pode implicar medida *desproporcional* para chegar ao fim a que se destina;

c) considerada como medida para tornar efetiva a execução a qualquer custo, a “indisponibilidade” até pode ser *adequada*, ou *apta* para chegar a esse fim. Caso se considere que a finalidade da execução não é a satisfação incondicional do alegado crédito, e que os problemas que assolam a efetividade do processo de execução não são causados pelo mal que o art. 185-A do CTN visa a evitar, essa adequação não se mostra mais tão evidente;

d) existem muitos outros meios mais adequados e menos gravosos para resolver o acúmulo de processos nas Varas de Execução Fiscal e a ineficiência do processo de execução fiscal, a exemplo de: (i) um maior controle da Fazenda exeqüente (notadamente em face de execuções “automáticas” feitas pelo “sistema”); (ii) um maior aparelhamento do Judiciário; (iii) determinar-se a comunicação, pelas mesmas entidades e órgãos a que alude o *caput* do art. 185-A do CTN, da existência de bens, sem que contudo os mesmos sejam tornados indisponíveis antes de um exame do juiz quanto à sua existência, quantidade, valor etc.;

e) a jurisprudência do STJ considera possível a penhora do faturamento das pessoas jurídicas, mas apenas em casos excepcionais, e ainda assim limitada a pequeno percentual deste. Isso para preservar a subsistência das atividades do contribuinte. A “indisponibilidade” incondicionada de bens, notadamente de contas bancárias, pode comprometer percentual bem maior (ou mesmo a totalidade) do faturamento, o que demonstra a sua natureza *excessiva* e, portanto, inconstitucional por desproporcionalidade;

f) caso se proceda a uma tensão de princípios, ver-se-á que a decretação indiscriminada da “indisponibilidade” de bens do cidadão executado poderá trazer prejuízos irreparáveis à sua liberdade econômica e profissional, à livre iniciativa e, em alguns casos, à sua própria subsistência, tudo em prol de uma maior otimização à efetividade da tutela executiva fiscal, a qual, de resto, pode ser obtida por outros meios, e não restará ineficaz caso não se proceda à indisponibilidade de que se cuida;

g) o correto, para que a Constituição seja respeitada, será o juízo da execução determinar às entidades e aos órgãos mencionados no art. 185-A do CTN que informem a existência, a descrição, a quantidade e os valores dos bens submetidos ao seu registro ou controle, sem no entanto torná-los “indisponíveis”, a fim de que o juiz, de posse da relação enviada por cada uma delas, determine a realização da penhora, que nesse momento já terá como não ocorrer de modo excessivo.

Essas conclusões, como todas aquelas que pretendem ser científicas, são provisórias, e podem ser questionadas. Não esgotam o tema, e nem poderiam. A norma é recente, e outros estudos, mais profundos e mais detalhados, sobre ela certamente serão feitos. Só esperamos que os julgadores que compõem os Tribunais não esqueçam que o nosso sistema jurídico alberga diversos princípios e regras, e não apenas o princípio que assegura efetividade à tutela executiva fiscal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARRETO, Aires F.; GONÇALVES, Gilberto Rodrigues. A penhora ‘on-line’ na execução fiscal e a LC 118. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 116, p. 9-15.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Tradução Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti. O razoável e o proporcional em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2004, v. 8, p. 174-204.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Penhora insuficiente e o direito de embargar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 82, p. 28-38.

PONTES, Helenilson Cunha. *Princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

- ¹ "O dispositivo agride o vernáculo: não se diz 'na hipótese de (...) não forem encontrados bens', mas sim na de não o serem" (cf. AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 475).
- ² BARRETO, Aires F.; GONÇALVES, Gilberto Rodrigues. A penhora 'on-line' na execução fiscal e a LC 118. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 116, p. 12.
- ³ AMARO, *loc. cit.*
- ⁴ BARRETO; GONÇALVES, *op. cit.*, p. 16.
- ⁵ *Ibid.*, p. 14.
- ⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 268.
- ⁷ Para a preferência pelo termo "postulado", em vez de "princípio", ou "regra", e para a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, confira-se ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 4. ed, São Paulo: Malheiros, 2004, *passim*. Para a aplicação da proporcionalidade ao Direito Tributário, confira-se PONTES, Helenilson Cunha. *Princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, *passim*. Para mais exemplos de sua aplicação em matéria tributária, e, especialmente, para outras referências bibliográficas, confira-se MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O razoável e o proporcional em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*, São Paulo: Dialética, 2004, v. 8.
- ⁸ "(...) Pacífica jurisprudência desta Corte no sentido de que, nos tributos lançados por homologação, verificada a existência de saldo devedor nas contas apresentadas pelo contribuinte, o órgão arrecadador poderá promover sua cobrança independentemente da instauração de processo administrativo e de notificação do contribuinte". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 512823/MG. 2ª Turma. Relator: Min. Castro Meira. DJU I, 15.dez.2003, p. 266).
- ⁹ BARRETO; GONÇALVES, *op. cit.*, p. 10-11.
- ¹⁰ O anteprojeto veiculado através da Consulta Pública n. 1/2005, do Ministério da Justiça, foi elaborado por uma comissão formada no âmbito do Conselho da Justiça Federal, coordenada pelo Ministro Teori Zavascki, composta de representantes do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (Juízes Federais Ricardo Perlingeiro e Maria Helena Rau de Souza), da Procuradoria da Fazenda Nacional (Dr. Vandrê Augusto Búrigo), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (Dr. Petrônio Calmon Filho) e da Universidade Federal Fluminense (Professores Leonardo Greco e Agostinho Netto). Na exposição de motivos consta que "os órgãos de defesa judicial da Fazenda Pública, ainda quando cientes da improbabilidade de sucesso na cobrança, vêm-se compelidos, por dever legal, a promover a ação executiva tão-somente para interromper a prescrição. Assim, a atividade, meramente burocrática e sem natureza jurisdicional, de localizar o devedor ou os seus bens penhoráveis, é simplesmente transferida aos cartórios judiciais, com inevitável congestionamento e escassa probabilidade de êxito, o que torna injustificável, sob todos os aspectos, a manutenção do atual sistema." Assim, ainda segundo sua exposição de motivos, a principal finalidade do anteprojeto é a submeter "ao exame e atuação do Poder Judiciário apenas as demandas que, sem êxito extrajudicial, tenham alguma base patrimonial para a execução forçada." Por todas essas razões, o art. 7.º do anteprojeto da nova lei de execuções fiscais dispõe que "Art. 7º A petição inicial indicará o juiz a quem é dirigida e os bens a serem penhorados e será instruída com a certidão da dívida ativa, que dela fará parte integrante, podendo ambas constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico." Tal norma, se vier a ser positivada, tornará praticamente inócuo o art. 185-A do CTN.
- ¹¹ Aliás, com o advento da LC 118/2005, o termo inicial da presunção de fraude à execução foi antecipado para o momento da inscrição em dívida ativa (CTN, art. 185).
- ¹² O art. 185-A, a propósito, prevê o envio de tais informações ao juízo, mas só depois de o bloqueio haver-se consumado (§ 2.º).
- ¹³ "A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que é possível a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento de empresas, desde que em caráter excepcional, ou seja, após não ter tido resultado a tentativa de constrição sobre outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei de Execução Fiscal, e ainda, que haja nomeação de administrador, com apresentação da forma de administração e esquema de pagamento, consoante o disposto nos artigos 677 e 678 do CPC." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 723.038/SP. 2ª Turma. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em 19.abr.2005. DJU I, 20.jun.2005, p. 246).

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 686.157/RJ. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julg. 07.jun.2005. DJU I, 27.jun.2005, p. 256.

¹⁵ É certo que, em se tratando da execução de quantias lançadas de ofício, pode ter havido processo administrativo de controle de sua legalidade, prévio à inscrição em dívida ativa, contraditório, com possibilidade de produção de provas etc. Isso não equipara, porém, a CDA a um título no qual a vontade do executado participou. Muito menos a um título constituído ao cabo de um processo judicial. O controle de legalidade realizado no processo administrativo fiscal tem deficiências e limitações que dispensam maiores digressões, e seguramente “deixa passar” uma série de exigências descabidas.

¹⁶ BARRETO; GONÇALVES, *op. cit.*, p. 13. Cf. também MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Penhora insuficiente e o direito de embargar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 82, p. 32.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Tradução Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001, p. 63.

INALIENABILITY OF ONLINE ASSETS AT TAX EXECUTION AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

ABSTRACT

In this article, the author examines the institute of the inalienability of online assets as regards tax execution. In this sense, the author assesses the incidence requirements of the rule existing in the article 185-A of the Tax Code, introduced in the legal system by Complimentary law number 118/2005 and, afterwards, analyses the proportionality of such legal measure, aimed at rendering effective the execution, checking if such measure is appropriate, necessary and proportional *stricto sensu* in order to reach the aim proposed.

KEYWORDS: Attachment. Inalienability of assets. Tax execution. Injunction effectiveness. Tax credit. Proportionality. Excess.

L'INDISPONIBILITE DES BIENS “ON-LINE” DANS L'EXECUTION FISCALE ET LE POSTULAT DE LA PROPORTIONNALITE

RÉSUMÉ

Il s'agit ici d'examiner la figure de l'indisponibilité des biens *on-line*, dans le contexte des exécutions fiscales mises en place avec l'intention d'obtenir la satisfaction du crédit fiscal. D'abord, il sera question d'analyser des

hypothèses d'incidence de la norme émise par art. 185-A du CTN (Code fiscal brésilien), introduite dans l'ordre juridique par Loi complémentaire n. 118/2005. Ensuite, on procèdera à l'analyse de la proportionnalité de la mesure législative adoptée, qui se destine à rendre efficace la tutelle de l'exécution, par voie de la vérification si telle mesure est ajustée, nécessaire et proportionnelle au sens strict pour aboutir à la finalité à laquelle elle se propose.

MOTS-CLÉS: Sûreté. Indisponibilité de biens. Exécution fiscale. Efficacité de la tutelle. Crédit fiscal. Proportionnalité. Excès.

CONSTITUIÇÃO, PROPORCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO PENAL ENTRE PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA*

Ingo Wolfgang Sarlet**

1 Notas introdutórias. 2 A crise do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais: breves notas sobre o contexto. 3 Alguns pressupostos para uma abordagem constitucionalmente adequada da temática. 3.1 A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e a sua função como imperativos de tutela ou deveres de proteção do Estado: significado e principais desdobramentos. 3.2 A dupla via do princípio da proporcionalidade: o legislador e o juiz entre proibição de excesso e insuficiência. 4 Deveres de proteção e proporcionalidade na esfera jurídico-penal: reflexões com base na análise de alguns casos concretos. 5 À guisa de encerramento: o possível equilíbrio entre proibição de excesso e de insuficiência como tarefa de um Estado Democrático de Direito genuinamente “garantista”.

RESUMO

O presente ensaio assume como premissa a idéia de que um Estado Democrático de Direito é sempre também um Estado que se pode designar de “garantista”, no sentido de os direitos fundamentais serem simultaneamente fundamento, finalidade e tarefa do Estado e da própria sociedade. O Direito Penal, que sabidamente opera (ou assim o deveria) acima de tudo como instrumento de tutela de bens jusfundamentais, mas que carrega consigo um conteúdo fortemente limitador de direitos da pessoa, deverá ser objeto de permanente filtragem

* Na elaboração do trabalho escrito, contamos com a decisiva participação (especialmente na parte relativa ao Direito Penal) do eminente colega JAYME WEINGARTNER NETO, ilustre Promotor de Justiça no RS, Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra e ora já Doutor em Direito pela PUC-RS. Pelos seus aportes em termos de sugestões, indicações específicas de literatura e pela sua crítica, não poderíamos aqui deixar de lhe render a pública e justa homenagem. Além disso, registra-se que os exemplos referidos, assim como os dispositivos constitucionais mencionados, referem-se, de regra, à Constituição Federal de 1988 (Brasil), de modo geral identificada pela abreviatura (CF).

** Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Estudos de Pós-Doutoramento em Munique (Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional e Universidade de Munique) e Georgetown Law Center (Washington-DC). Professor Titular de Direito Constitucional dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil) e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Juiz de Direito em Porto Alegre, Brasil.

constitucional, notadamente no que diz com necessária sintonia com os critérios da proporcionalidade. Esta, contudo – pena de distorção do seu sentido e função na ordem constitucional - não se limita a impedir limitações excessivas dos direitos, mas reclama que se avalie, em cada caso e mediante a devida ponderação, eventual insuficiência no que diz com a proteção do mesmo ou de outros bens fundamentais. Em síntese, à luz de alguns exemplos, busca-se demonstrar a correção da concepção de que sem o devido reconhecimento e equacionamento do que se poderia designar de uma dupla dimensão da proporcionalidade, também a concepção do “garantismo penal” – na sua feição marcadamente liberal-iluminista e, portanto, nem sempre aberto à perspectiva sustentada no presente estudo – correrá o risco de pecar, a depender das circunstâncias, por uma unilateralidade nada saudável para o sistema dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Direitos fundamentais. Proporcionalidade. Excesso. Insuficiência.

“Es una ley estructural de nuestro ser, generalmente a tener en cuenta, aunque también muchas veces olvidada, que en nuestro mundo no se pueden llevar las condiciones al extremo sin que esto se vuelva en su contra y sin que, por eso mismo, las posturas extremas, en tanto parecen enfrentarse entre sí, se contrapongan como teorías complementarias. Por eso, los teoremas extremos tienen algo irreal y utópico en sí mismos.” (Arthur Kaufmann)¹

“ Para a cátedra de direito penal:

Em 1986, um deputado mexicano visitou o presídio de Cerro Huego, em Chiapas. Ali encontrou um índio tzotzil que degolara seu pai e fora condenado a trinta anos de prisão. O deputado descobriu que, todo o santo meio-dia, o defunto pai trazia tortilhas e feijão para o filho encarcerado.

Aquele detento tzotzil fora interrogado e julgado em língua castelhana, que ele entendia pouco ou nada, e abaixo de pancada havia confessado ser o autor de um crime chamado parricídio.” (Eduardo Galeano)²

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Num instigante estudo sobre Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo, em que desnuda as origens ideológicas de polêmica entre causalismo e finalismo, Francisco Muñoz Conde refere-se aos chamados “juristas terríveis”

(*furchtbare Juristen*), assim designados pela sua colaboração com o nacional-socialismo, ao exercerem papéis destacados na política, na administração da justiça ou mesmo ensino jurídico. Muitos destes juristas (se é que a prática da injustiça é compatível com tal qualificativo) distinguiram-se por terem proferido sentenças especialmente duras no exercício da função jurisdicional, não raras vezes resultando em pena de morte ou internação em campos de concentração, por fatos de escassa gravidade ou importância, evidenciando até onde pode chegar a perversão dogmática ao utilizar-se de um discurso técnico pretensamente neutro, atrelado a um positivismo legalista e formalista.

Voltando ao exemplo de Mezger, convém recordar que este, aos cinqüenta anos e no apogeu da fama como penalista, foi nomeado membro da Comissão de Reforma do Direito Penal no âmbito da qual teve destacada participação, por exemplo, na reforma do StGB de 28 de junho de 1935, que introduziu a analogia como fonte de criação do direito penal “segundo a idéia básica do Direito Penal e o são sentimento do povo alemão”. Em outubro de 1945 foi afastado de sua cátedra de Munique pelo Governo Aliado e, classificado como colaborador de segunda categoria, chegou a passar algumas semanas preso em Nüremberg. Em 1948 reconquistou a sua cátedra e, em 1956, recebeu doutorado *honoris causa* pela Universidade de Coimbra, época em que proferiu algumas conferências na Espanha.³

Mais que as vicissitudes de uma época, vale lembrar que das 60.000 penas de morte aplicadas durante o regime nazista, certamente cerca de 40.000 foram pronunciadas por tribunais militares, mas pelo menos outras 16.000 foram ditadas por tribunais civis (sem contar as milhares de internações em campos de concentração).⁴ O colaboracionismo, portanto, evidenciou-se (como ocorreu na maior parte dos regimes ditatoriais, inclusive no Brasil), também, em sentenças desproporcionais, terrivelmente injustas, levando um filósofo do porte de um Gustav Radbruch a purgar as culpas de um positivismo que deixou os juristas alemães ainda mais indefesos diante das leis cruéis editadas sob a égide do regime nazista do que os próprios militares em face de ordens evidentemente criminosas por parte de seus superiores.⁵

Com esta breve referência histórica, objetivamos a contextualização do princípio da proporcionalidade, por sua vinculação à proibição de excesso, tão cruenta e dolorosa na seara penal. Tal princípio acabou transformando-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do Direito e, no que interessa ao nosso ponto, do Direito Penal, o que aqui vai tomado como pressuposto de nossa singela investigação. De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Sem que se pretenda – nem aqui e nem nos desenvolvimentos subsequentes – promover uma análise exaustiva da casuística jurídico-penal, seja no plano legislativo, seja no concernente à atuação jurisdicional (que também deve obediência ao princípio da proporcionalidade) cuida-se de avaliar, à luz de alguns exemplos e após uma digressão mínima a respeito de alguns pressupostos teóricos, algumas possíveis incongruências na aplicação do princípio da proporcionalidade (na sua dupla manifestação como proibição de excesso e de insuficiência) tanto no plano da fundamentação quanto na esfera das conclusões adotadas. Entre nós, bastaria aqui lembrar da polêmica a respeito da inconstitucionalidade da lei dos crimes hediondos (especialmente quando veda a progressão de regime e a liberdade provisória), a questão dos crimes de perigo abstrato, a controvérsia em torno da constitucionalidade da reincidência, a necessidade de representação nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ou mesmo as propostas de majoração das penas no caso de porte ilegal de arma de fogo, para que se perceba o quão fecundo é e seguirá sendo o debate.

Assim, mais do que efetuar o aprofundamento dogmático do conteúdo da proporcionalidade, a abordagem aposta na exploração da sua faceta menos debatida entre nós, designadamente nos principais desdobramentos dos deveres de proteção estatais na esfera jurídico-penal e naquilo que guardam conexão com a noção de proporcionalidade, tudo a partir da análise ilustrativa de algumas decisões, com o intuito de realçar o caráter pragmático da presente intervenção.

Desde logo é preciso destacar – como fio condutor desta análise – a necessidade de superar moral, jurídica e socialmente, a era dos extremos (que caracterizou o breve século XX, na precisa historiografia de Hobsbawm⁶) de tal sorte a combater tanto o abolicionismo, quanto a intolerável “tolerância zero”. Com efeito, uma leitura constitucionalmente adequada e genuinamente garantista da proporcionalidade não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem “mite”, tal qual sugere Zagrebelsky, de acordo com quem caminha-se para um direito da *equidade*, que exige uma particular atitude espiritual do operador jurídico, de estreita relação prática: razoabilidade, adaptação, capacidade de alcançar composições “em que haja espaço não só para uma, e sim para muitas ‘razões’”. Trata-se, pois, não do absolutismo de uma só razão e tampouco do relativismo das distintas razões (uma ou outra, iguais são), e sim do pluralismo (uma e outras de uma vez, na medida em que seja possível). Retornam, neste ponto, as imagens de ductibilidade (...).⁷ Em termos gerais, verifica-se que a concepção de Zagrebelsky no que diz com um direito *mite* (a tradução espanhola utilizou o termo *dúctil*) está conectada à configuração de um sistema mais dinâmico, plural e complexo, não deixa de guardar relação com o pensamento de Norberto Bobbio, tal qual exposto no seu *Elogio della mitezza* (o tradutor português optou pelo substantivo *serenidade*)⁸. A serenidade, como postulada por Bobbio, é uma virtude *ativa* e uma virtude *social* (ao passo que temperança e coragem seriam virtudes individuais) que se opõe frontalmente à arrogância, insolência e prepotência do homem político,⁹ guardando, portanto, estreita relação com a postura que pretendemos sustentar neste ensaio.

Renunciando – até mesmo pelas limitações de uma trajetória acadêmica estranha ao universo penal - a uma ingênua tentativa de aprofundamento das complexas questões que subjazem ao debate aqui proposto, anima-nos, todavia, o singelo propósito de contribuir ao menos para a discussão em torno da construção de uma política criminal e de um garantismo (já que deste não há como abrir mão) verdadeiramente proporcional (e, portanto, sereno), tudo à luz de algumas categorias dogmáticas e exemplos extraídos do nosso cotidiano normativo e forense. Antes, contudo, de ingressarmos nesta análise, importa uma breve referência ao contexto no qual a problemática encontra sua inserção, além de uma definição mínima dos principais pressupostos jurídico-dogmáticos do estudo, designadamente a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a correlata teoria dos deveres de proteção no âmbito de um Estado Democrático de Direito, bem como a dupla perspectiva (ou como prefere Lênio Streck, da “dupla face”¹⁰) do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e de insuficiência.

2 A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVES NOTAS SOBRE O CONTEXTO

Mesmo que não se possa avançar para além de algumas observações de caráter genérico, não há como negligenciar que a temática aqui versada encontra-se inserida e relacionada, com o atual contexto social, econômico e político-institucional. Da mesma forma, por mais que se procure evitar discursos de caráter maniqueísta (inevitavelmente sectários e carentes de cientificidade) e mesmo reconhecendo que também a globalização (nas suas diversas manifestações) possui aspectos positivos¹¹, limitar-nos-emos aqui a apontar alguns efeitos negativos da globalização econômica sobre o Estado democrático (e social) de Direito¹² e, de modo particular, sobre os direitos fundamentais. Lembre-se, todavia, que a globalização é apenas um dos elementos (embora de longe um dos mais significativos) que marcam o contexto no qual hoje se insere a problemática dos direitos fundamentais, ombreando em importância talvez apenas com os crescentes níveis de exclusão social (por sua vez também creditada - em boa parte - aos efeitos negativos da globalização), tudo contribuindo para uma ampla crise do Estado, do Direito e dos Direitos Fundamentais.

Já por estas razões cumpre que se tome a sério a advertência de Gomes Canotilho ao referir que “o Direito Constitucional, a Constituição, o Sistema de Poderes e o sistema jurídico dos direitos fundamentais já não são o que eram”,¹³ o que nos remete a uma série de questionamentos, inclusive sobre o papel a ser desempenhado hoje pelo Estado, pela Constituição, pelos direitos fundamentais e pelo Direito de um modo geral. Dada a amplitude e relevância destas questões, não nos é possível mais do que apontar alguns dos efeitos da globalização sobre o Estado democrático (necessariamente social) de Direito, na tentativa de identificar e situar minimamente a cada vez mais aguda crise de efetividade, e daquilo que poderíamos designar como representando uma crise de identidade e confiança na Constituição e nos direitos fundamentais.

Na medida que – por conta da política e da economia do “Estado mínimo” propalado pelo assim designado “consenso neoliberal”¹⁴ - aumenta o enfraquecimento do Estado democrático de Direito (necessariamente um Estado “amigo” dos direitos fundamentais) e que esta fragilização do Estado e do Direito tem sido acompanhada por um incremento assustador dos níveis de poder social e econômico exercidos pelos grandes atores do cenário econômico, que justamente buscam desvencilhar-se das amarras do poder estatal, indaga-se quem poderá, com efetividade, proteger o cidadão e – no plano internacional – as sociedades economicamente menos desenvolvidas. Neste sentido, insere-se a aguda observação de Ferrajoli, alertando para a crise vivenciada pelos sistemas democráticos, identificando o surgimento daquilo que denomina de “empresas-partido” e “empresas-governo”, já que as privatizações e a crescente desregulamentação (não parece demais lembrar a discussão em torno da privatização dos estabelecimentos penitenciários e da execução das penas em geral) tem tido como seqüela um aumento da confusão entre os interesses do governo e os interesses privados dos agentes econômicos, por sua vez, cada vez mais entrincheirados no próprio Estado (governo), e que estão capitaneando o processo de flexibilização e, por vezes, chegando-se no quase aniquilamento de boa parte das conquistas sociais.¹⁵

Colocada em risco a democracia e enfraquecido o papel do Estado na sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais e as instituições democráticas¹⁶, a própria noção de cidadania como direito a ter direitos¹⁷ encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de “fascismo societal”.¹⁸ Para além disso, o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica – igualmente constitui fator de risco para a democracia. Como bem lembra Friedrich Müller, exclusão social e democracia (esta considerada na sua dimensão material) são categorias incompatíveis entre si: a primeira leva inexoravelmente à ausência da segunda.¹⁹

Neste mesmo contexto, há que deixar registrada a observação de José Eduardo Faria, para quem os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral – resultantes da opressão sócio-econômica – acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo, portanto, nem mesmo ser considerados como verdadeiros “sujeitos de direito”, já que excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais.²⁰ Assim, percebe-se que a redução do Estado, que, de há muito – especialmente sob a forma de Estado democrático (e social) de Direito – transitou do papel de “vilão” (no sentido de principal inimigo da liberdade individual) para uma função de protetor dos direitos dos cidadãos,²¹ nem sempre significa um aumento da liberdade e fortalecimento da democracia. Com efeito, no âmbito da globalização econômica e da afirmação do ideário neoliberal, verifica-se que a diminuição do Estado, caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e redução gradativa da intervenção estatal no domínio econômi-

co e social, acaba por levar, paralelamente ao enfraquecimento da soberania externa e interna dos Estados nacionais (ainda que com intensidade variável e mais acentuada na esfera dos países periféricos), a um fortalecimento do poder econômico, notadamente na dimensão supranacional.²²

Que os fenômenos ligeiramente enunciados têm contribuído, entre outros, para uma crise da sociedade, do Estado, do Direito e da cidadania, já constitui lugar comum. Que daí tenha resultado também uma ampla crise na esfera dos direitos fundamentais, igualmente parece dispensar maiores comentários e tem sido largamente alardeado. Sem que se pretenda aqui aprofundar a discussão, nem mesmo rastrear todas as causas e “sintomas” desta crise, verifica-se, contudo, que o aumento da opressão socioeconômica, vinculado a menor ou maior intensidade do “fascismo societal” em um determinado Estado, tem gerado reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, inclusive nos países tidos como desenvolvidos. Dentre estes reflexos, cumpre destacar: a) a intensificação do processo de exclusão da cidadania, notadamente no seio das classes mais desfavorecidas, fenômeno este ligado diretamente ao aumento dos níveis de desemprego e subemprego²³; b) redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, pelo menos, a “flexibilização” dos direitos dos trabalhadores;²⁴ c) ausência ou precariedade dos instrumentos jurídicos e de instâncias oficiais (no sentido de mantidas ou, pelo menos, supervisionadas pelo Estado) capazes de controlar o processo, resolvendo litígios dele oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal.²⁵ O quanto tais fatores influenciam diretamente na esfera penal (seja na esfera da criminologia e do direito penal, seja na esfera das políticas penais em geral²⁶) dispensa, por ora, maiores comentários, bastando uma referência não apenas ao incremento da criminalidade em geral, mas especialmente ao crescimento e expansão do crime organizado, que igualmente atua além das estritas fronteiras dos Estados e, de resto, serve-se das inovações tecnológicas para aumentar ainda mais o seu poder e dificultar o seu combate.

Esta assim denominada crise dos direitos fundamentais, ao menos na sua feição atual, a despeito de ser aparentemente mais aguda no âmbito dos direitos sociais (em função da redução da capacidade prestacional dos Estados, para citar o aspecto mais candente) é, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), além de não poder ser atribuída – o que parece elementar, mas convém seja frisado – apenas ao fenômeno da globalização econômica ou mesmo ao crescimento da pobreza. Basta, para ilustrar tal assertiva, apontar para o impacto da tecnologia sobre a intimidade das pessoas, no âmbito da sociedade informatizada, bem como sobre o meio ambiente, assim como no que diz com o desenvolvimento da ciência genética, demonstrando que até mesmo o progresso científico pode, em princípio, colocar também em risco direitos fundamentais da pessoa humana, o que nos remete à problemática das funções do direito penal na assim designada “sociedade de risco” contemporânea²⁷.

Para além disso, cumpre sinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo), como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do Estado democrático de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação²⁸.

A partir destes exemplos e das alarmantes estatísticas em termos de avanços na criminalidade, percebe-se, sem maior dificuldade, que à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também a uma crise de segurança dos direitos, no sentido do flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo poder público, no âmbito dos seus deveres de proteção, que ainda serão objeto de desenvolvimento logo mais adiante. Por segurança no sentido jurídico (e, portanto, não como equivalente à noção de segurança pública ou nacional) compreendemos aqui – na esteira de Alessandro Baratta – um atributo inerente a todos os titulares de direitos fundamentais, a significar, em linhas gerais (para que não se recaia nas noções reducionistas, excludentes e até mesmo autoritárias, da segurança nacional e da segurança pública) a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder²⁹.

Oportuno que se consigne, ainda, que a crise dos direitos fundamentais não se restringe mais a uma crise de efetividade, mas alcança inclusive a esfera do próprio reconhecimento e da confiança no papel exercido pelos direitos fundamentais numa sociedade genuinamente democrática. Sem que se possa aqui desenvolver este aspecto, constata-se, com efeito, uma progressiva descrença nos direitos fundamentais. Estes, ao menos a partir da compreensível ótica da massa de excluídos, ou passam a ser encarados como verdadeiros “privilégios” de certos grupos (basta apontar para a oposição entre os “sem-terra” e os “com terra”, os “sem-teto” e os “com teto”, bem como os “com-saúde” e os “com-educação” e os que aos mesmos não têm acesso). Da mesma forma, chama a atenção o quanto têm crescido as manifestações, nos mais variados segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração pelas mais elementares garantias da ampla defesa e do devido processo legal, do apoio à redução da idade penal para os adolescentes, da pressão em prol do agravamento significativo das penas ou mesmo pela introdução de um sistema similar (e altamente questionável) ao modelo da “tolerância zero” tal como

praticado em alguns pontos dos EUA,³⁰ tudo revelando que cada vez menos se toma a sério os direitos fundamentais, inclusive no que diz com a sua dimensão solidária, emancipatória e promocional.

Com efeito, quando ao abrir as páginas de conhecido periódico (no caso, a “Zero Hora”, de Porto Alegre, Brasil) depara-se com depoimentos de cidadãos apoiando e até mesmo elogiando a atitude de integrantes da polícia militar que, após terem detido e imobilizado o autor de um simples furto, passaram a espancá-lo diante das câmeras da televisão³¹, evidentemente não se poderá deixar de repetir a pergunta tão significativa que foi feita a todos - e que todos deveriam repetir diariamente - em conhecida canção do repertório brasileiro (compositor Renato Russo): “Que país é este!”, sintomaticamente um brado do grupo “Legião Urbana”.

O quanto a constitucionalização dos direitos sociais e das promessas veiculadas pelas diversas normas de cunho programático inseridas na Constituição de 1988 (e bastaria lembrar o teor dos diversos e generosos objetivos fundamentais da República constantes do artigo 3º, a começar pela erradicação da pobreza e superação das desigualdades), no âmbito daquilo que Marcelo Neves, em importante estudo, designou de “constitucionalização simbólica”,³² tem contribuído para um sentimento generalizado de frustração das expectativas criadas pelo discurso constituinte e em que medida tais frustrações acabaram por se converter em condutas agressivas aos direitos fundamentais, não nos parece tenha condições de ser avaliado com razoável margem de acerto, muito embora não se possa descartar de plano tal efeito colateral. De certo modo – ainda que aqui não se possa desenvolver o ponto e a despeito do nosso ceticismo em relação a tais posições – os riscos daquilo que chegou a ser chamado de uma hipertrofia dos direitos fundamentais, no sentido de uma espécie de panjusfundamentalismo³³, poderiam, de fato, contribuir de algum modo para uma simultânea maximização das esperanças e das frustrações, concorrendo para o agravamento da já referida crise de confiança e identidade dos direitos fundamentais, outorgando infelizmente uma atualidade surpreendente (ainda que diverso o contexto e em boa parte diferenciadas as razões) à alusão feita pelo conhecido filósofo existencialista alemão, Karl Jaspers, ainda na primeira metade do século XX, ao discorrer sobre a inconfiabilidade dos direitos humanos, destacando, entre as causas deste fenômeno, a falta de compreensão do que significam os direitos humanos por expressiva parcela da humanidade e da sua diminuta e muitas vezes até ausente eficácia e efetividade³⁴.

Que a polarização (inevitavelmente acompanhada de uma boa dose de paranóia e até mesmo – pelo menos em algumas situações – de um sentimento de histeria coletiva) instaurada no seio da sociedade – e nisso provavelmente reside a maior ameaça – abre as portas para a manipulação e toda a sorte de medidas arbitrárias e erosivas do Estado democrático de Direito, ainda que sob o pretexto de serem indispensáveis para a segurança social, parece evidente e reclama medidas urgentes. O fascismo societal do qual fala Boaventura Santos, não apenas ressuscita a antiga máxima hobbesiana de que o homem é o lobo do

homem (como condição legitimadora do exercício da autoridade estatal) mas reintroduz (ainda que de modo disfarçado) no discurso teórico de não poucos analistas sociais, políticos e jurídicos, a oposição amigo-inimigo cunhada por Carl Schmitt no seu conhecido e controverso ensaio sobre o conceito do político³⁵, abrindo as portas para a implementação de sistemas penais diferenciados, ao estilo de um direito penal do inimigo e da política criminal “sombria” da qual nos fala Hassemer, mediante a instauração de medidas criminais eminentemente policiais, obedientes à lógica dos fins que justificam os meios, demonstrando o caráter regressivo dos movimentos de lei e ordem³⁶. Neste mesmo contexto, que aqui só cabe esboçar, importa mencionar as instigantes palavras de Juarez Tavares, por ocasião de palestra (ainda não publicada) proferida em recente encontro promovido pelo Serviço de Intercâmbio Acadêmico da Alemanha (DAAD), no sentido de que não se pode negligenciar o papel da mídia na “construção” de uma política criminal cada vez mais despótica e casuística, o que se torna perceptível a partir da influência dos meios de comunicação sobre a legislação penal³⁷, assim como pela tendência – que entre nós poderia ser facilmente demonstrada a partir de alguns exemplos – do legislador atuar de modo casuístico e no mais das vezes movido pela pressão da sociedade em assegurar padrões toleráveis de segurança contra a criminalidade, sem maior preocupação com os resultados concretos e, menos ainda, com a legitimidade constitucional das opções tomadas³⁸. Ainda neste contexto, não é demais lembrar a doutrina de Jayme Weingartner Neto que, recolhendo as lições de Zaffaroni no tocante ao papel dos meios de comunicação, destaca que uma “mídia espetáculo” acaba por produzir um “político-espetáculo” e a edição de uma legislação penal distorcida (já que movida pelo objetivo maior da publicidade) e, no mais das vezes, reprodutora da violência e exclusão³⁹.

Soma-se a isto, o fato de que as políticas criminais adotadas, além de não servirem de instrumento para o combate aos efeitos nefastos do fascismo societal, acabam, de certo modo, retroalimentando e, neste sentido, estimulando os níveis de polarização na sociedade. Com efeito, como bem o demonstrou Alessandro Baratta, deixa-se de assegurar os direitos à segurança dos grupos marginalizados e “perigosos” (em outras palavras, dos sem direitos efetivos), de tal sorte – e este aspecto convém seja destacado – que todo o segmento populacional que se encontra excluído do exercício satisfatório dos seus direitos econômicos e sociais (e, portanto, sofre uma violação contínua destes direitos) acaba sendo alçado à condição de potencial agressor dos direitos das parcelas mais favorecidas da população (integridade corporal e propriedade), de modo que, por esta via, o Estado busca efetivar os seus deveres de proteção encarando os grupos sociais mais fracos como fatores de risco, priorizando a política criminal e negligenciando as suas obrigações no âmbito da segurança social.⁴⁰ Da mesma forma – e talvez por esta mesma razão – o garantismo penal na sua dimensão negativa acaba não raras vezes privilegiando a elite econômica ou as classes mais influentes da sociedade, deixando de criminalizar (ou mesmo descriminalizando) delitos de cunho econômico e tributário, que por vezes prejudicam a sociedade como um todo e se revestem de alto potencial ofensivo, mas que em regra, não cometi-

dos pelos integrantes dos grupos marginalizados, bastando aqui o registro da tendencial descriminalização, entre nós, dos delitos contra a ordem tributária, de constitucionalidade questionável se formos analisar a questão à luz da teoria dos deveres de proteção do Estado.

Diante do quadro esboçado, vislumbra-se, desde logo, que a discussão em torno das funções e limites do direito penal num Estado Democrático de Direito passa inquestionavelmente por uma reavaliação da concepção de bem jurídico e o seu devido redimensionamento à luz da nossa realidade (fática e normativa) constitucional (que é a de uma Constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social, convém lembrar)⁴¹, o que, por sua vez, nos remete à problemática dos deveres de proteção do Estado na esfera dos direitos fundamentais e aos contornos possíveis de uma teoria garantista (e, portanto, afinada com as exigências da proporcionalidade) do Estado, da Constituição e do Direito Penal. Por mais que não se possa - nem aqui e nem nos passos subseqüentes - aprofundar estas dimensões, elas estarão presentes ao longo de todo o nosso estudo, de tal sorte que voltaremos a nos pronunciar a respeito.

Por outro lado, convém destacar que as considerações anteriores (necessariamente sumárias e ilustrativas) remetem a questionamentos e análises que transcendem as fronteiras do jurídico e, portanto, reclamam uma abordagem multidisciplinar e interdisciplinar evidente, mas também é elementar o quanto contribuem para uma adequada - embora conscientemente simplificada - contextualização do debate e da problemática versada neste ensaio.

Assim, feitas estas ponderações, cumpre avançar na identificação mínima dos pressupostos teóricos da presente análise.

3 ALGUNS PRESSUPOSTOS PARA UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA TEMÁTICA

3.1 A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e a sua função como imperativos de tutela ou deveres de proteção do Estado: significado e principais desdobramentos

Em que pese o substancial consenso a respeito da existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (pelo menos no âmbito da dogmática constitucional europeia continental⁴²), importa consignar, desde já, que, no concernente ao seu conteúdo, significado e suas diversas implicações, ainda permanecem sérias controvérsias na doutrina e jurisprudência, dissídio este que se manifesta até mesmo na seara terminológica, em face das diversas denominações atribuídas à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.⁴³ Sem incorrer na tentativa improdutiva e, além do mais, fatalmente destinada à incompletude de tomar posição a respeito da terminologia mais adequada, o estudo limita-se a traçar, em linhas gerais, as características básicas e as dife-

rentes facetas inerentes à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, centrando a nossa atenção nos aspectos diretamente vinculados ao tema precípua deste trabalho.

Apesar de encontrarmos já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais,⁴⁴ é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo neste sentido. Neste contexto, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso “Lüth”, na qual, além de outros aspectos relevantes (notadamente a referência ao conhecido – mas nem por isso incontroverso - “efeito irradiante” dos direitos fundamentais), foi dada continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores,⁴⁵ ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.⁴⁶ Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais,⁴⁷ entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol praticamente desde o início de sua proffuca judicatura.⁴⁸ Que também a dignidade da pessoa humana – na condição precisamente de valor e princípio central e fundamental da ordem jurídico-constitucional apresenta uma dimensão objetiva (até mesmo pelo fato de os direitos fundamentais, pelo menos em princípio, nela encontrarem o seu fundamento e referencial) resulta evidente, dispensando aqui maior referência.

Desde já, percebe-se que, com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não se está fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja.⁴⁹ Assim, podemos partir da premissa de que ao versarmos sobre uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não estamos considerando esta no sentido de um mero “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva dos direitos fundamentais significa, isto sim, que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva,⁵⁰ e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.⁵¹ É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representando também - naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais - uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais,⁵² mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina

e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e sobre as quais ainda iremos tecer algumas considerações.⁵³

Antes de procedermos à apresentação dos desdobramentos específicos mais relevantes da perspectiva objetiva, importa sublinhar quatro aspectos de suma relevância para a sua compreensão. Inicialmente, partindo do pressuposto de que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos individuais, quanto as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos podem ter a natureza ou de princípios ou de regras (considerando-se a Constituição como sistema aberto de regras e princípios), há que ter em mente a inexistência de um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre os princípios e a perspectiva objetiva, de tal sorte que, em termos gerais e na esteira de Alexy, se pode falar em regras e princípios que asseguram direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos.⁵⁴ De outra banda, há que distinguir entre a significação da perspectiva objetiva no seu aspecto axiológico ou como expressão de uma ordem de valores fundamentais objetivos (de resto, objeto de um número considerável de críticas)⁵⁵ e a sua igualmente já citada mais-valia jurídica, isto é, no reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva⁵⁶, salientando-se a relevância de ambos os aspectos para a teoria jurídica contemporânea dos direitos fundamentais. Além disso, se à dignidade da pessoa e aos direitos fundamentais é de ser atribuída uma significação jurídico-objetiva (no sentido de que de modo geral a dignidade e os direitos fundamentais integram e expressam também uma ordem objetiva de valores) também é certo que as conseqüências concretas a serem extraídas da dimensão objetiva não são necessariamente as mesmas em se considerando os diversos direitos fundamentais individualmente⁵⁷. Por derradeiro, cumpre frisar que no âmbito desta sumária apresentação da perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais não nos estamos limitando a qualquer uma das facetas específicas que a matéria suscita. Mesmo sem qualquer pretensão à completude e exaustão, é nossa intenção traçar um quadro o mais abrangente possível, no mínimo com uma breve referência aos pontos que parecem mais relevantes.⁵⁸

Ainda que para alguns (e não sem razão) a questão ora referida não integre a problemática propriamente dita da perspectiva objetiva como função autônoma dos direitos fundamentais,⁵⁹ importa consignar aqui que ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o “status” fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra simultaneamente protegido, demonstrando que também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde sua origem determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação

que lhe é colocado à disposição.⁶⁰ Tendo em mente que, sob este aspecto, os direitos fundamentais continuam sendo direitos subjetivos individuais, cuida-se aqui, na verdade, de uma troca de perspectiva, no sentido de que aquilo que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo em termos de autonomia decisória e de ação eles objetivamente retiram do Estado.⁶¹ Aqui estamos diante de uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo, que, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, tal como já foi objeto de referência, incluída aqui a existência de posições jurídicas fundamentais com normatividade restrita à perspectiva objetiva.

Como uma das implicações diretamente associada à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de liberdade) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuidam de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.⁶² Com base nesta premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.⁶³ É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também e de certa forma, que contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes⁶⁴ e desde que estejamos atentos ao fato de que com isto não se está a legitimar uma funcionalização (e subordinação apriorística) dos direitos fundamentais em prol dos interesses da coletividade⁶⁵, aspecto que, por sua vez, guarda conexão com a discussão em torno da existência de um princípio da supremacia do interesse público que aqui não iremos desenvolver⁶⁶. É neste contexto que alguns autores têm analisado o problema dos deveres fundamentais, na medida em que este estaria vinculado, por conexo, com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na sua acepção valorativa. Tendo em vista, contudo, que os deveres fundamentais não constituem o objeto precípua deste estudo, deixaremos aqui de adentrar o exame desta matéria complexa e controversa, em que pese sua reconhecida relevância⁶⁷.

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que de modo incontroverso exercem a função de direitos subjetivos, como ocorre com os direitos de liberdade, entre outros) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma

conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.⁶⁸ Cumpre assinalar, ainda no que concerne a este aspecto, que esta ordem genérica de efetivação inerente a todos os direitos fundamentais obviamente não se confunde e não afasta a existência de normas (princípios ou regras) de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, que - exclusivamente ou para além de consagrarem direito subjetivo individual - impõem ao legislador (ao menos em primeiro plano) a concretização de determinadas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos, o que nos remete - entre outros aspectos - ao exame das normas assim denominadas de programáticas e à atual discussão em torno do constitucionalismo dirigente e da eficácia dos assim denominados direitos sociais⁶⁹. Ainda que não se possa aqui desenvolver este aspecto, não há como deixar de destacar que tanto as normas de cunho programático (que são programáticas pelo seu conteúdo, mas não por falta de eficácia e aplicabilidade) quanto as normas definidoras de direitos sociais servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois impõem e legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social e, portanto, podem balizar a discussão em torno até mesmo da criminalização ou descriminalização de condutas no âmbito de um garantismo integral (ou positivo) e não meramente negativo.

Sem prejuízo das demais funções já referidas, os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais.⁷⁰ Ainda que aqui nos estejamos situando no terreno da obviedade e que não se trate, neste contexto, propriamente de um reforço autônomo da juridicidade dos direitos fundamentais, já que toda norma constitucional, inclusive as que outorgam direitos subjetivos, necessariamente pode servir (em maior ou menor grau) de referencial para a aferição da validade do restante do ordenamento jurídico, julgamos oportuno frisar que também esta consequência se encontra vinculada à condição de direito objetivo peculiar a todos os direitos e princípios fundamentais, sendo versada habitualmente no âmbito de uma eficácia negativa das normas constitucionais⁷¹.

Se até agora nos estivemos movimentando no âmbito da perspectiva objetiva na sua aceção valorativa, e não na esfera do desenvolvimento de novos conteúdos que podem integrar, de acordo com a distinção feita por Vieira de Andrade, a perspectiva jurídico-objetiva sob o aspecto de sua caracterização como um reforço (no sentido de complementação) da eficácia normativa dos direitos fundamentais há que tomar posição também nesta seara. Mais propriamente, para evitar eventual confusão com os pontos que acabamos de desenvolver, cuida-se aqui de apontar para os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, no sentido de não necessariamente atrelados (o que não implica refutar a conexão evidente entre a dimensão objetiva e subjetiva) aos direitos fundamentais na

sua condição de normas de direito subjetivo.⁷² Como bem lembra K. Hesse, a multiplicidade de significados inerente aos direitos fundamentais na condição de elementos da ordem objetiva corre o risco de ser subestimada caso for reduzida à dimensão meramente axiológica, de acordo com a qual os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores objetiva⁷³ e cujos aspectos peculiares já foram objeto de breve referência.

Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais costuma apontar-se para o que a doutrina alemã – de modo não imune a importantes críticas –⁷⁴ denominou de uma eficácia irradiante ou efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais e, por evidente, do princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição.⁷⁵ A técnica da interpretação conforme, como bem sinalou Daniel Sarmento, muito embora constitua valioso instrumento para a concretização da eficácia irradiante, não exclui outras manifestações desta última, já que a aplicação dos valores constitucionais mais elevados às situações concretas não se verifica (pelo menos não se deveria verificar) apenas em situações de cunho patológico⁷⁶, reclamando uma verdadeira filtragem constitucional⁷⁷ que, em linhas gerais, encontra expressão na permanente necessidade de uma interpretação prospectiva⁷⁸ e emancipatória⁷⁹ da ordem jurídica à luz do espírito da Constituição⁸⁰. Associado a este efeito irradiante dos direitos fundamentais encontra-se, portanto, o assim designado fenômeno da constitucionalização de todos os ramos do Direito (com todas as suas seqüelas, a começar pela já referida superação de uma concepção dicotômica das categorias do público e do privado e da afirmação da noção de unidade do sistema jurídico), bem como a problemática mais específica da sua eficácia na esfera nas relações entre particulares, que, por sua vez, desborda dos limites deste trabalho. Importa frisar, no tocante ao nosso objeto de estudo, que em causa não está outra coisa senão a necessária e já referida *filtragem* constitucional também do direito penal e processual penal e que implica uma leitura constitucionalmente adequada de todos os institutos jurídico-penais, inclusive a coerente aplicação do princípio da proporcionalidade (seja no concernente à sua já referida dúplici dimensão, seja no que diz com os seus respectivos critérios) sobre o que, de resto, voltaremos a nos pronunciar⁸¹.

Além das funções já referidas e dos outros desdobramentos possíveis no âmbito da dimensão jurídico-objetiva e que aqui não teremos condição de desenvolver, assume relevo – notadamente em virtude de sua particular repercussão para a temática ora versada – a função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado (por sua vez, agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais) na condição de

deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados,⁸² função esta muitos tratam sob o rótulo de função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, como prefere especialmente Canaris. O Estado – como bem lembra Dietlein – passa, de tal modo, a assumir uma função de amigo e guardião – e não de principal detrator - dos direitos fundamentais⁸³. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.⁸⁴ No âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente - mas não exclusivamente - aos direitos fundamentais à vida e integridade física (saúde), tendo sido desenvolvidos com base no art. 2, inc. II, da Lei Fundamental, além da previsão expressa encontrada em outros dispositivos.⁸⁵ Se passarmos os olhos pelo catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição (no caso, a Brasileira), será possível encontrarmos também alguns exemplos que poderiam, em princípio, enquadrar-se nesta categoria.⁸⁶

Partindo-se de possível e prestigiada (embora não incontroversa) distinção entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, convém lembrar que, na sua função como direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo, por exemplo, ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam – em primeira linha – deveres de atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares. Tal dever de proteção - para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais contendo normas jusfundamentais - pode ser também reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares.⁸⁷

Já em outro plano e deixando de adentrar aqui a discussão em torno da subjetivação dos deveres de proteção (portanto, da existência de direitos à proteção⁸⁸), situa-se a celeuma em torno dos pressupostos para a incidência de um dever de proteção e o seu reconhecimento pelos órgãos jurisdicionais, em outras palavras, da legitimação para a intervenção do controle judicial nesta seara. Neste sentido, vale colacionar a lição de Canaris, para quem deverá haver a concorrência dinâmica dos seguintes critérios: a) a incidência da hipótese normativa de um direito fundamental, o que resta afastado quando se pode partir do pressuposto que determinadas hipóteses estão desde logo excluídas do âmbito de aplicação de determinada norma jusfundamental; b) necessidade de proteção e

de seus indicadores: ilicitude da conduta, efetiva ameaça ao bem fundamental e dependência (no sentido próximo de uma suscetibilidade) do titular do direito fundamental ameaçado em relação ao comportamento de terceiros⁸⁹. Que os critérios elencados por Canaris não excluam outras posições e igualmente não são imunes a críticas, não afasta a circunstância de que um dever de proteção (e, portanto, um dever de atuação do Estado) carece de uma especial justificação para o seu reconhecimento e reclama especial cuidado no seu controle.

Deixando de lado – neste contexto - a controvérsia que grassa em torno da possibilidade de se deduzirem, com base nos deveres de proteção do Estado (isto é, na função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) certas posições jurídicas subjetivas, de modo especial o reconhecimento de um direito individual subjetivo a medidas ativas de proteção por parte dos poderes públicos⁹⁰ – desde logo percebe-se o quanto tal dimensão assume destaque na esfera jurídico-penal, já que um dos importantes meios pelos quais o poder público realiza o seu dever de proteção de direitos fundamentais é justamente o da proteção jurídico-penal dos mesmos. Aliás, tomando-se o caso da Alemanha – foi justamente nesta seara (mais precisamente por ocasião do debate em torno da proteção do direito à vida e da descriminalização do aborto) que a teoria dos deveres de proteção acabou encontrando receptividade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal⁹¹. Os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais na esfera jurídico-penal, notadamente no concernente à proteção penal de determinados bens fundamentais, constituem, em linhas gerais, uma das mais relevantes manifestações desta dimensão dos direitos fundamentais. Por mais que se queira discutir se a finalidade primeira do direito penal é, ou não, a proteção de determinados bens jurídicos (e se apenas bens fundamentais são dignos da tutela por intermédio do direito penal)⁹², certo é que a resposta penal para condutas ofensivas a bens jurídicos pessoais sempre tem por efeito – pelo menos em princípio – a sua proteção, não importando (neste contexto) o quanto efetiva é a proteção, quais os seus limites e até mesmo se existe para tanto uma justificativa. Tais considerações, por sua vez, remetem-nos diretamente ao princípio (ou postulado, como preferem alguns) da proporcionalidade e às suas aplicações na esfera jurídico-penal. Por esse motivo, mesmo que aqui não tenhamos a pretensão – nem possibilidade - de aprofundar o tema naquilo que diz especialmente com as teorias sobre a justificação e os fins da pena e do direito penal (temática que, de resto, tem sido largamente tratada pela doutrina penal) não há como deixar de sublinhar mais alguns aspectos imprescindíveis ao nosso propósito. É o que faremos já no próximo segmento, ainda no contexto mais genérico dos pressupostos teóricos de nosso estudo.

3.2 A dupla via do princípio da proporcionalidade: o legislador e o juiz entre proibição de excesso e insuficiência

Ainda que não se pretenda aqui uma digressão a respeito do significado e conteúdo do princípio (?)⁹³ da proporcionalidade no âmbito da teoria constitu-

cional, que, de resto, reclamaria uma investigação de proporções monográficas, não poderíamos, contudo (a despeito da farta e qualificada produção doutrinária já existente mesmo em língua portuguesa⁹⁴), deixar de esboçar – especialmente quanto a este ponto - alguns contornos que reputamos essenciais ao enfrentamento do tema deste ensaio e que já nos podem fornecer a munição suficiente (portanto, e em certo sentido, proporcional) para as ponderações a serem tecidas no último segmento, onde pretendemos concretizar a problemática esboçada na introdução analisando alguns casos extraídos da jurisprudência e da legislação.

Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material, quanto para o processo penal) resulta – como já referido - inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes - pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, neste contexto, maior elucidação.

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). Neste sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção⁹⁵.

Com efeito, a partir de desenvolvimentos teóricos formulados especialmente por Claus-Wilhelm Canaris⁹⁶ e Josef Isensee,⁹⁷ o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos

deveres de proteção) encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência⁹⁸, de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido⁹⁹. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo), razão pela qual não nos parece adequada a utilização da terminologia proibição de omissão (como, entre nós, foi proposto por Gilmar Ferreira Mendes¹⁰⁰) ou mesmo da terminologia adotada por Joaquim José Gomes Canotilho, que – embora mais próxima do sentido aqui adotado - fala em “proibição por defeito”, referindo-se a um “defeito de proteção”¹⁰¹.

Deixando de lado considerações de ordem terminológica (mesmo que estas não tenham cunho meramente cosmético), o que importa destacar no contexto é que o princípio da proporcionalidade, para além da sua habitual compreensão como proibição de excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas. Que tanto o princípio da proibição de excesso, quanto o da proibição de insuficiência (já por decorrência da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção) vinculam todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e com a liberdade de conformação do legislador penal (não é à toa que se fala que houve uma evolução – pelo menos no que diz com a proporcionalidade como proibição de excesso - da concepção de uma reserva legal para o de uma reserva da lei proporcional¹⁰²), e os limites impostos pelo sistema constitucional aos órgãos jurisdicionais também nesta seara resulta evidente, mas convém ser permanentemente lembrado. Da mesma forma, verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que aos órgãos legiferantes encontra-se reservado um espaço de conformação mais amplo e, portanto, uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação do que a atribuída ao administrador e os órgãos jurisdicionais¹⁰³, bem como diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo em proteção constitucionalmente exigido.

Para efeito dos desenvolvimentos posteriores, quando discutiremos alguns exemplos extraídos da jurisprudência pátria, há que lembrar a circunstância – já amplamente difundida entre nós e portanto também aqui apenas sumaria-

mente referida - de que na sua aplicação como critério material para a aferição da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, o princípio (ou postulado, se assim preferirmos) da proporcionalidade (na sua função precípua como proibição de excesso) desdobra-se em três elementos (no que parece existir elevado grau de consenso, ainda que subsistam controvérsias no tocante a aspectos pontuais), notadamente, a) as exigências (ou subprincípios constitutivos, como propõe Gomes Canotilho) da **adequação** ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s), b) da **necessidade** ou, em outras palavras, a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada como critério da exigibilidade, tal como prefere Gomes Canotilho) e c) a **proporcionalidade em sentido estrito** (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade¹⁰⁴ (ou justa medida, de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho) da medida restritiva), já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional¹⁰⁵. Ao critério da proporcionalidade em sentido estrito, contudo, há quem tenha (inclusive com base na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) atribuído significado mais teórico do que prático, sustentando que, de modo geral, é no plano do exame da necessidade (exigibilidade) da medida restritiva que se situa, de fato, a maior parte dos problemas e, neste sentido, o teste decisivo da constitucionalidade da restrição¹⁰⁶, aspecto que aqui não pretendemos desenvolver e que reclama uma digressão calcada na análise sistemática da jurisprudência constitucional. Por outro lado – e isto convém seja frisado – resta evidente o papel central da idéia de necessidade como elemento legitimador da intervenção estatal, o que, em se tratando justamente da esfera jurídico-penal, assume ainda maior relevância, como ainda teremos condições de avaliar.

Já no que diz com a proibição de insuficiência, verifica-se a ausência (pelo menos ainda) de uma elaboração dogmática tão sofisticada e desenvolvida quanto a registrada no âmbito do princípio da proporcionalidade compreendido como proibição de excesso, o que encontra sua explicação tanto no caráter mais recente da utilização – especialmente no plano jurisprudencial - da noção de proibição de insuficiência¹⁰⁷ (que, em termos gerais e evidentemente simplistas, pode ser encarada como um desdobramento da idéia de proporcionalidade tomada em sentido amplo), quanto pelas resistências encontradas em sede doutrinária, já que ainda elevado o grau de ceticismo em relação à construção teórica da vedação de insuficiência¹⁰⁸. De modo especial, argumenta-se que existe uma substancial congruência (pelo menos no tocante aos resultados) entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, notadamente pelo fato de que esta encontra-se abrangida pela proibição de excesso, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência.¹⁰⁹

Insistindo na autonomia dogmática da categoria da proibição de insuficiência, umbilicalmente vinculada à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção), Canaris sustenta que – a despeito de uma possível (mas não necessária) equivalência no campo dos resultados – não incidem exatamente os mesmos argumentos que são utilizados no âmbito da proibição de excesso, na sua aplicação em relação aos direitos fundamentais na sua função defensiva (como proibições de intervenção), já que em causa estão situações completamente distintas: na esfera de uma proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção¹¹⁰.

Outro argumento colacionado por Canaris em prol de uma diferenciação não meramente cosmética entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, reside na circunstância de que diversa a intensidade de vinculação do poder público aos respectivos parâmetros, até mesmo por força da diversa vinculação à função defensiva e prestacional dos direitos fundamentais, considerando que é esta última que diz com os deveres de proteção, de tal sorte que no âmbito da proibição de insuficiência é assegurada uma margem significativamente maior aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, a quem incumbe, em primeira linha, eleger e definir as medidas protetivas¹¹¹. Neste sentido, segue decidindo também o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao afirmar que o legislador (e mesmo o poder regulamentar) dispõe de uma expressiva margem de manobra no que diz com a implementação do dever de proteção, o que inclui a possibilidade de levar em conta interesses públicos e privados concorrentes, já que o dever constitucional de proteção não impõe a adoção de todas as possíveis e imagináveis medidas de proteção, na medida em que uma violação do dever de proteção pode ser reconhecida quando nenhuma medida concreta e adequada é tomada ou as medidas forem inteiramente inadequadas ou ineficazes¹¹².

Também Dietlein, um dos principais teóricos dos deveres de proteção na Alemanha, acaba por rechaçar o argumento da substancial equivalência (que sugere substituir por uma congruência parcial) entre proibição de excesso e insuficiência, ao demonstrar que, no âmbito da primeira, o requisito da necessidade constitui uma grandeza vinculada a uma determinada e concreta medida legislativa, de tal sorte que o seu controle limita-se ao âmbito interno da lei, ao passo que o exame da necessidade levado a efeito em se tratando de um dever de proteção estatal (e, portanto, da incidência da proibição de insuficiência) diz com uma grandeza que transcende o ato legislativo concreto e baseada diretamente em um valor de natureza constitucional¹¹³.

Deixando aqui de lado outras dimensões relevantes da problemática, o que nos importa destacar é a existência de pelo menos um elo comum inquestionável entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, que é o

critério da necessidade (isto é, da exigibilidade) da restrição ou do imperativo de tutela que incumbe ao poder público. Em suma, haverá de se ter presente sempre a noção, entre nós enfaticamente advogada por Juarez Freitas, que “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio.”¹¹⁴ Que o adequado manejo desta premissa lança não poucos e espinhosos desafios ao intérprete e o quanto a problemática do equilíbrio entre excesso e insuficiência afeta o âmbito do direito penal quase que dispensa comentários, mas nem por isso dispensa uma intensa e abrangente discussão. No próximo segmento tentaremos explorar um pouco mais esta dimensão à luz de alguns exemplos, tendo sempre em mente a idéia motriz de que proporcionalidade, Estado Democrático de Direito e garantismo (não apenas na esfera penal) são grandezas indissociáveis, complementares e reciprocamente determinantes, mas não necessariamente imunes a tensões na sua convivência e, portanto, reclamam uma correta aplicação à luz das circunstâncias do caso concreto.

3 DEVERES DE PROTEÇÃO E PROPORCIONALIDADE NA ESFERA JURÍDICO-PENAL: REFLEXÕES COM BASE NA ANÁLISE DE ALGUNS CASOS CONCRETOS

A partir do arsenal dogmático esboçado, caso manuseado com bom senso e criatividade e almejando sempre alcançar uma solução justa (no sentido da melhor resposta possível) para boa parte dos conflitos jurídico-penais levados ao Poder Judiciário, empreenderemos, neste segmento, a tentativa de avaliar criticamente – à luz das premissas de que ao Estado incumbe um dever de proteção dos direitos fundamentais e de que na sua atuação deverá observar as exigências tanto da proibição de excesso quanto de insuficiência - algumas das opções tomadas pelos órgãos jurisdicionais ao aplicarem o princípio da proporcionalidade, sempre guiados pelo espírito já anunciado nas notas introdutórias, de lançar apenas algumas breves reflexões e agregar alguns argumentos para o diálogo.

No tocante à utilização do princípio da proporcionalidade importa que, desde logo, seja feito o registro de que a jurisprudência pátria tem feito, em regra, bom uso das perspectivas abertas. Dois exemplos servem para substanciar a assertiva.

No primeiro caso, cuida-se de decisão do Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ), proferida por sua Terceira Seção, em 24 de outubro de 2001, que deliberou pelo cancelamento da Súmula 174-STJ e consignou: “O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena. Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de

20.02.1997, que em seu art. 10, par. 1º, inciso II, criminalizou a utilização da arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.” (Recurso Especial n. 213.054-SP, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, voto vencido). O Min. Gilson Dipp, ao distinguir o óbvio – quem porta uma arma de verdade sabe que poderá matar, quem porta uma arma de brinquedo sabe que não poderá fazê-lo –, observou que tratar igualmente situações objetiva e subjetivamente diversas poderia “malferir o princípio da proporcionalidade”.¹¹⁵

Outra interessante aplicação, que pessoalmente não hesitamos em aplaudir enfaticamente, mas que ainda está sendo objeto de acirrada disputada nos tribunais, considera que há violação aos princípios da isonomia e proporcionalidade na dosimetria da pena do furto qualificado, em cotejo com a pena prevista para o roubo qualificado. Neste sentido, importa conferir o acórdão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Tendo em vista os princípios da proporcionalidade e isonomia previstos na Constituição Federal, e diante da necessária releitura do Código Penal face aos novos tempos, a punição pela prática de furto qualificado deve ser idêntica ao do roubo com a mesma qualidade. Ao invés de um apenamento fixo, como estabelece o parágrafo 4º, tem-se que aplicar a pena da modalidade simples e aumentá-la de um terço a metade. Voto vencido. (Apelação crime n. 70003435021, Rel. Desembargador Sylvio Baptista Neto, 13 de dezembro de 2001).¹¹⁶

Ainda no que diz com a desproporção no aumento da pena do furto qualificado, em confronto com a majorante do roubo, impõe-se o registro de que tal tese (como, de resto, outras propostas no contexto de uma leitura constitucionalmente adequada da normativa penal) foi lançada pelo ilustre Procurador de Justiça e doutrinador gaúcho Lênio Luiz Streck, que sustentou a tese com base no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e na interpretação conforme a Constituição. Com efeito, sendo os dispositivos do Código Penal de 1940, tais normas não estariam recepcionadas (dispensado o incidente de inconstitucionalidade), de tal sorte que aplicável a interpretação conforme a Constituição. Assim, o texto legislativo permaneceria em sua literalidade, construindo o intérprete uma nova norma, já que evidente a desproporcionalidade em se considerando que a pena do furto é dobrada se praticado em concurso de pessoas, ao passo que no roubo aumenta apenas de um terço.

Exemplo que – em função da posição divergente ainda em virtude da orientação adotada por muito tempo pelo Supremo Tribunal Federal (doravante STF) – segue polêmico é o da possibilidade de concessão de liberdade provisória e da progressão de regime em se tratando de acusação ou condenação pela prática de crime definido como hediondo, nos termos da Lei Federal nº 8.072/1990. Em ambos (liberdade provisória e progressão de regime) filiamos ao entendimento, de há muito sustentado por boa parte da doutrina e até mesmo alguns segmentos da jurisprudência, que vislumbra nas hipóteses referidas uma violação flagrante dos requisitos da proporcionalidade, tese esta que acabou sendo, ainda que por ora em decisão proferida em sede de controle

concreto e difuso de constitucionalidade, consagrada pelo STF, pelo menos no concernente à progressão de regime¹¹⁷.

Com efeito, com relação à primeira hipótese, a da prisão provisória, bastaria o argumento do sacrifício (pelo simples fato de pesar contra determinada pessoa uma acusação de ter praticado crime tido como hediondo) da presunção de inocência e a impossibilidade de uma ponderação calcada no caso concreto¹¹⁸. Já no caso da progressão de regime, cuida-se de exigência constitucional inarredável (até mesmo como corolário da própria proporcionalidade) e que não poderia ser completamente ignorada pelo legislador¹¹⁹. Neste sentido, importa registrar que em homenagem a liberdade de conformação legislativa e até mesmo para tratar de modo distinto os crimes mais graves, não haveria problema algum em estabelecer uma progressão diferenciada para os crimes assim chamados de hediondos (o que poderia ocorrer, em caráter ilustrativo, até mesmo após o cumprimento de um terço ou até a metade da pena), mas jamais a ausência de progressão, com a liberação apenas por ocasião de um livramento condicional, este sim, corretamente viabilizado pela legislação referida, ainda que em momento diverso e com maior rigor. Salta aos olhos que a vedação pura e simples da progressão (pela exigência de cumprimento da pena em regime fechado até o livramento, que, de resto, pode ser negado) é manifestamente incompatível com o sentido mínimo da noção de proporcionalidade, o que lamentavelmente não tem, ainda, sido reconhecido por boa parte dos nossos Tribunais¹²⁰. Cuidando-se de temática conhecida e amplamente debatida na doutrina, deixaremos aqui de tecer outras considerações.

Outro exemplo que merece ser colacionado é o da polêmica decisão da 5ª Câmara Criminal do TJRS na Apelação crime n. 699.291.050, julgada em 11 de agosto de 2000: “Furto. Circunstância agravante. Reincidência. Inconstitucionalidade por representar *bis in idem*. Voto vencido. Negaram provimento ao apelo da acusação por maioria” (Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho). Mais uma vez, seguiu-se as críticas e argutas considerações de Lênio Streck, no sentido de que o duplo gravame da reincidência (como fundamento para o agravamento da pena do novo delito e fator obstaculizante de uma série de benefícios legais) é antigarantista e incompatível com o Estado Democrático de Direito, inclusive pelo seu componente estigmatizante, pois divide os indivíduos em “aqueles-que-aprenderam-a-conviver-em-sociedade e aqueles-que-não-aprenderam-e-insistem-em-continuar-delinquindo”.¹²¹

A tese, todavia, não tem encontrado guarida no STJ, que, em 17 de junho de 2003, no Recurso Especial n. 401.274-RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, anotou: “(...) 3. Reconhecida a violação ao art. 61, inciso I, do Código Penal, uma vez que, no momento da dosimetria da pena, estando comprovada a reincidência, a sanção corporal a ser imposta deverá ser sempre agravada. Precedentes. 4. No mesmo diapasão, o acórdão objurgado, ao aplicar ao furto mediante concurso, por analogia, a majorante do roubo em igual condição, violou o parágrafo 4º do art. 155 do Código Penal.(...)”.

A relatora, mesmo respeitando as teses que criticam o sistema legal vigente, acabou por endossar a liberdade democrática de conformação legislativa, de tal sorte que considera imprescindível que seja “efetivamente respeitado e aplicado (...) o legislador endereçou um comando, e não uma faculdade (...) estando comprovada a reincidência, a sanção corporal a ser imposta deverá sempre ser agravada.” Ainda segundo a ilustre condutora do Acórdão, negar vigência ao dispositivo legal que consagra a agravante da reincidência, representaria uma violação dos princípios constitucionais da isonomia e individualização da pena, pois estar-se-ia igualando réus com situações pessoais desiguais, no caso, um criminoso contumaz e que possui condenações transitadas em julgado, a um criminoso primário (que nunca delinqüiu), privilegiando o primeiro. O acórdão reitera – convém seja frisado este aspecto - que inócurre um “bis in idem”, da mesma forma que não se trata de considerar o reincidente mais perverso, não sendo o caso de debater se o Estado estimula, ou não, a reincidência.

Quanto à majorante do roubo, a Relatora limitou-se a reproduzir as razões do Ministério Público, no sentido de que o legislador adotou tratamento diferenciado nos tipos do artigos 155 e 157, no que toca ao concurso de pessoas. Neste ponto, desconsiderando aqui a obviedade da ponderação, que, por sua vez, não disfarça uma postura de certa modo submissa e acrítica em relação à “manifesta vontade do legislador”, a Corte deixou de avançar no tocante às razões do tratamento diferenciado, deixando, portanto, de efetuar a sua análise com base no teste de proporcionalidade, com o escopo de verificar se subsiste fundamento suficiente para a configuração daquela determinada opção legislativa.

Retornando à questão da constitucionalidade da reincidência, verifica-se que esta, no nosso entender, reclama maior digressão, seja no que diz com a sua fundamentação, seja no concernente aos resultados, vale avançar algo mais na análise de alguns dos argumentos esgrimidos na decisão citada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assim, a despeito das fortes e abalizadas razões apresentadas em prol até mesmo da irracionalidade do instituto da reincidência e da sua incompatibilidade com as teses garantistas¹²², não há como reconhecer, por outro lado, que se o garantismo parte necessariamente do postulado da secularização (inclusive da pena e dos critérios de sua aplicação¹²³) e se de fato existem dados estatísticos a demonstrarem que a aplicação do instituto da reincidente como agravante da pena não resultou em índices de criminalidade mais favoráveis, a eleição pelo legislador de um critério objetivo (no caso, a existência de condenação anterior transitada em julgado) e o reconhecido caráter punitivo e preventivo da pena (que, também de acordo com uma leitura garantista e pelo menos num certo sentido, não poderia ter o intento de ressocializar a pessoa humana) acaba até mesmo assumindo uma condição em princípio talvez não tão incompatível com as próprias premissas do garantismo, desde que, é claro, devidamente reinterpretado.

De outra parte, a tese do “bis in idem”, no sentido de que ao aplicar a agravante da reincidência se está a penalizar duplamente um delito anterior,

poderia não ser pelo menos, a única forma de perceber o fenômeno, já que a agravante incide justamente pelo fato da prática de um novo delito e somente por esta razão. De qualquer modo, não parece necessariamente ilegítimo que um Estado democrático de Direito, por assumir a condição de garante dos bens fundamentais (e bastaria aqui mencionar a dignidade, a vida e a igualdade) de toda e qualquer pessoa humana, possa exigir do cidadão que não viole os direitos fundamentais de seus semelhantes e que, nesta perspectiva, mantenha uma atitude socialmente adequada, respeitando-se, por óbvio, os elementos nucleares de sua própria personalidade¹²⁴. Assim, uma coisa é exigir - apenas para citar um exemplo já discutido entre nós - o arrependimento do apenado como condição para a concessão do livramento condicional (o que é manifestamente inconstitucional por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁵), ao passo que outra é impor a quem comete um segundo crime uma sanção penal mais elevada do que receberia se tivesse violado apenas uma vez um bem fundamental de outro ser humano, ainda mais em se considerando condutas ofensivas a bens de alto valor como a vida e a dignidade. Não se poderá olvidar que proporcionalidade e isonomia são grandezas indissociáveis e que também entre ambas importa manter um adequado equilíbrio.

Se formos, ainda nesta quadra, atentar para a dimensão da proibição de insuficiência, que exige a tomada de medidas necessárias à proteção dos direitos fundamentais, talvez seja possível questionar também que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade do instituto da reincidência, pelo menos sem uma correspondente alternativa (que até poderia ser a sua análise no âmbito da fixação da pena-base, ao avaliar-se a culpabilidade do agente, como já proposto também entre nós), poderia contribuir no mínimo para estimular uma reiteração na prática delitiva, ainda que esta linha argumentativa certamente esteja a reclamar maior desenvolvimento.

Para além do exposto, a despeito da habilidade do argumento, não nos parece seja necessário declarar a inconstitucionalidade da agravante da reincidência por ser inviável (em virtude da expressão *sempre* contida no artigo 61, inciso I, do Código Penal, que, de fato, a exemplo do argumento utilizado no caso da vedação da liberdade provisória na hipótese de crime hediondo, ofende frontalmente as exigências da proporcionalidade) uma interpretação conforme a Constituição. Com efeito, sabe-se que sempre é possível a declaração da inconstitucionalidade até mesmo de uma expressão apenas, de tal sorte que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do termo sempre, o exame do caso concreto permitiria ao aplicador da pena que, mediante uma análise das circunstâncias do caso, aplicasse, ou não, a agravante, especialmente quando se tratar de delitos menos graves, considerando os bens atingidos. Ademais, ainda que aplicada a agravante (embora não sempre) abre-se igualmente a alternativa de não agregar sempre ao reconhecimento da incidência os seus efeitos adicionais, como a impossibilidade da substituição da pena, o agravamento do regime de cumprimento da pena, etc. Mediante esta aplicação diferenciada caso a caso (que, de resto, já foi proposta entre nós¹²⁶), a aferição da proporcionalidade da

aplicação da reincidência como agravante e das suas demais conseqüências acabaria por permitir soluções mais afinadas com as exigências da própria proporcionalidade e um equilíbrio entre a sua dupla perspectiva como proibição de excesso e de insuficiência.

Assim, o que se percebe é que a tese da declaração de inconstitucionalidade do próprio instituto da reincidência como tal é merecedora pelo menos de uma análise mais profunda e esbarra em fortes argumentos contrários, e que também podem ser ancorados numa visão garantista do direito penal, o que reclama, contudo, uma leitura à luz do caso concreto e da proporcionalidade, de tal sorte que buscamos aqui apenas problematizar um tanto mais a questão. O mesmo, contudo, não nos parece possa ser sustentado em outro caso, onde a decisão judicial – a despeito da sua fundamentação constitucional, dificilmente resiste em face de um adequado manejo da proporcionalidade nas suas duas perspectivas.

Estamos a falar de caso ocorrido no interior do Rio Grande do Sul, onde autor de atentado violento ao pudor praticado contra duas crianças foi também condenado por outro atentado violento ao pudor e homicídio tentado (a criança violada teve a sua garganta cortada para não denunciar o crime, mas logrou sobreviver), já tendo sido condenado e cumprido pena por outro atentado violento ao pudor igualmente praticado contra criança. Em todos os processos (três) havia sido instaurado incidente de insanidade e os laudos foram uníssonos em afirmar a alta periculosidade do agente, a certeza da reincidência específica (pelo quadro do distúrbio apresentado), além de recomendarem a não redução da pena. A sentença – que havia condenado o autor em ambos os processos (atentado duplo ao pudor e atentado ao pudor e homicídio tentado) aplicou o concurso material, reconheceu a agravante e deixou de reduzir a pena, com base nas circunstâncias apontadas no laudo, valendo-se da opção outorgado ao julgador pela lei, nos casos de semi-imputabilidade. Por ocasião do julgamento da apelação, a sentença foi confirmada quanto à autoria e materialidade relativamente a todos os fatos imputados ao denunciado, mas – em “homenagem à Constituição” – houve reconhecimento da continuidade delitiva e redução da pena, esta interpretada como obrigatória por força da Constituição e, o que é pior, sem qualquer argumentação adicional¹²⁷.

Que a despeito da legitimidade dos argumentos que questionam o sistema penal no que diz com o tratamento dos distúrbios de personalidade e, de modo especial, a questão dos manicômios judiciários (o que não ocorreu no caso concreto, já que se tratou de aplicação de pena e não de medida de segurança) a decisão do TJRS, neste caso, violou diretamente o princípio da proporcionalidade (já que também as sentenças judiciais e não apenas os atos do legislador devem obediência ao princípio) e que pelo menos a exigência constitucional da redução da pena carece de qualquer fundamento razoável, ainda mais em face das circunstâncias concretas, nos parece ser de difícil contestação e definitivamente não representa a melhor leitura de um garantismo pretensamente afinado com o Estado democrático de Direito. De outra parte, para além de outras hipóteses

que poderiam aqui ser colacionadas e discutidas¹²⁸, consideramos que os exemplos referidos – ainda que sujeitos a acirrada controvérsia – indicam o quanto a temática ora ventilada reclama investimentos efetivos por parte da doutrina e jurisprudência e, pelo menos, a oportunidade da discussão ora enfrentada.

5 À GUIZA DE ENCERRAMENTO: O POSSÍVEL EQUILÍBRIO ENTRE PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA COMO TAREFA DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO GENUINAMENTE “GARANTISTA”

À luz das premissas lançadas e dos poucos exemplos discutidos, bem como considerando o quadro no qual se insere a problemática, não há como deixar de tecer algumas considerações em torno das virtualidades do princípio da proporcionalidade, na via de duas mãos (excesso e insuficiência), também na esfera da hoje onipresente política criminal.

Com efeito, se tomarmos o tão citado exemplo do sistema de justiça criminal nos Estados Unidos, verifica-se que este, atualmente, padece, no que tange às taxas de encarceramento, de disfunção de proporcionalidade, ao menos em comparação com taxas internacionais. Depois de quase um século de taxas em torno 100 presos por cem mil habitantes, por volta da década de 1980 “a população prisional disparou em direção ao céu”, praticamente quadruplicando desde então. A taxa 100 por 100.000 é considerada uma taxa média razoável (na Alemanha é de 85 por 100.000; na França é de 95 por 100.000; na Inglaterra, 100 por 100.000; na Espanha, 105 por 100.000; no Canadá, 115 por 100.000). Nos Estados Unidos, a taxa chegou aos espantosos 600 por 100.000, só comparáveis aos 690 por 100.000 da Rússia assolada pela máfia. Os dados são de 1995, fornecidos por Eric Lotke, aliás, em palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim¹²⁹. Tais estatísticas, quando vinculadas à política de uma intervenção baseada na idéia de “tolerância zero”, indicam que esta solução é, por definição, desproporcional, ao menos se quiser significar repressão mais dura para delitos menos graves e enquanto embasada na idéia de que a relação de causalidade entre desordem e criminalidade é mais forte do que outras causas (pobreza, minoria racial discriminada etc.), a exemplo das considerações de George Kelling e Catherine Coles, que, na sua obra síntese, *Fixing Broken Windows*, empreenderam a tentativa de demonstrar o nexo causal entre criminalidade violenta e a não repressão a pequenos delitos e contravenções¹³⁰.

Para além da discussão sobre a real eficácia (e os custos) da tolerância zero nas cidades em que foi implantada – debate complexo e ainda em aberto especialmente nos EUA – preocupa a filosofia intolerante (e portanto desproporcional) e uma leitura de que o oposto da tolerância zero é o direito penal mínimo, que seria um “ovo de serpente” a engendrar criminalidade violenta e que tem sido acusado, a nosso sentir por equívoco, de preconizar que apenas condutas que

“configurem um ato de violência física ou uma ameaça grave devem ser criminalizadas”, quando seria preciso sinalizar ao “desordeiro” que sua conduta “é grave e não será tolerada pelo Estado”. A identificação, simplificadora, é indevida, mas adverte para uma ambiência cultural que não é, especialmente na população em geral, favorável à maximização dos espaços de liberdade da cidadania e nos remete às considerações tecidas na primeira parte deste estudo, no tocante à crise dos direitos fundamentais num contexto crescentemente marcado pela polarização e desconfiança. De outra parte, ao invés de preconizar um regime pautado por uma “tolerância zero”, a meta – evidentemente ideal, mas nem por isso inviável de ser alcançada em patamares satisfatórios – de qualquer Estado Democrático deveria ser a da “criminalidade zero”, o que, por sua vez não nos parece possa ser alcançado numa ambiência cunhada pela intolerância e pela polarização e, portanto, da própria potencialização dos conflitos sociais.

Bastariam estas breves notas para que se perceba que, de qualquer modo, necessário focar a questão da segurança e da polícia no âmbito do Estado Democrático de Direito. Neste contexto, Winfried Hassemer bem demonstra o caráter regressivo dos atuais movimentos de lei e ordem, mas especialmente analisa a experiência dos riscos e da erosão normativa que determinam nossa vida cotidiana, provocando uma sensação de paralisia, de tal sorte que o Estado, antes um Leviatã, passa a ser “companheiro de armas dos cidadãos, disposto a defendê-los dos perigos e dos grandes problemas da época”¹³¹. Enquadrando a problemática na teoria dos direitos fundamentais, estes, consoante já frisado, expressam também uma ordem objetiva de valores e são objeto de deveres de proteção (e, portanto, de prestações “protetivas”) por parte do Estado. À medida, todavia, em que crescem tais expectativas, um direito à segurança, ainda de acordo com a lição de Hassemer, traduz-se na atitude do cidadão comum, que trocaria “liberdade por segurança”, tarefa de que se encarregaria a polícia. Entretanto, a tolerância zero promete ainda mais, “ordem” e segurança. Simbolicamente, o delito, antes que lesão de bens, passa a ser visto como lesão ao direito, revelador de uma atitude inamistosa (*Life style crimes*), ainda que nas suas manifestações mais leves – justamente onde a idéia tradicional de proporcionalidade conduz a um castigo leve ou alternativo, de menor custo social¹³². Na seqüência, Hassemer adverte contra a tendência de uma ampliação massiva do arbítrio para decidir tanto o “se” como o “como” da intervenção, oferecendo um modelo de reação desligado das leis ou de qualquer outro tipo de normas, para alcançar maior flexibilidade e eficácia. Tal concepção deve ser rechaçada, inclusive porque um dos fortes limites do Estado de Direito é a proporcionalidade entre o delito e a reação ao mesmo¹³³.

Na práxis social, todavia, ressoa de modo cada vez mais intenso o coro dos intolerantes a indicar o quanto importa um questionamento sereno – entre outras indagações que aqui poderiam ser levantadas - a respeito de quais alternativas eficazes o direito penal pode ofertar, bem como de se um minimalismo extremado (e progressivamente autista) seria a única alternativa, ainda mais desconsiderando a necessidade social.

Nesta perspectiva, duas vozes, ponderadas, podem nos socorrer. Da banda espanhola, recolhemos as lições de Silva Sánchez, que rejeita a disjuntiva entre uma política criminal “ilustrada”/científica (comprometida com os direitos humanos e as garantias do Estado de Direito) e uma política criminal real, liberada daqueles incômodos, acientífica, para iniciar uma cruzada contra o mal, sustentando que tal dicotomia não é a única abordagem cientificamente possível¹³⁴. Nesta quadra, Silva Sánchez afasta-se tanto de uma opção funcionalista (que apenas homologa a lógica posta da evolução social hegemônica) quanto de uma opção crítica, que inadmitte abordagem científica para a prática político-criminal e legislativa, demonstrando, ao revés, que idealismo e funcionalismo, que estariam na base dos extremos, são concepções filosóficas globais e, como tais, inflexíveis, já que o idealismo nega a relevância de alguns dos problemas reais (ou vividos como reais) que surgem nas sociedades complexas, ao passo que o funcionalismo refuta a possibilidade de soluções alternativas, de tal sorte que se trata de assumir as tendências da práxis legislativa e judicial, no quadro social em que se produzem, como um desafio político e também como um desafio científico.¹³⁵

Por sua vez, verifica-se que Figueiredo Dias, também parte do *topos* do risco e de suas implicações para o direito penal, reafirmando que a preservação da dignidade da pessoa – da pessoa do delinqüente e dos outros – é onde “radica o axioma onto-antropológico de todo o discurso jurídico-penal”¹³⁶. Neste contexto, ao indagar, de forma direta e aguda, se o “risco” incorporado ao direito penal significaria o fim da proteção de bens jurídicos, reconhece que a resposta haveria de ser afirmativa se o bem jurídico tivesse que conservar o caráter extremadamente antropocêntrico, que restringiria a tutela a interesses reais, tangíveis e atuais do indivíduo, ou se os bens jurídicos da comunidade só fossem aceitáveis como *mediadores* também dos interesses das pessoas. Mas responde definitivamente que *não*, convencido de que, ao lado dos bens jurídicos individuais, “e ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, transindividuais, transpessoais, colectivos, ou como quer que prefiramos exprimir-nos a propósito”¹³⁷.

A partir destas considerações, convém tomarmos a sério a advertência de Figueiredo Dias, no sentido de que, sobretudo nos últimos tempos, a dogmática progride apenas no tocante aos bens individuais, sendo, em verdade, legítima e eventualmente necessária a criminalização de bens coletivos, “com refração legitimadora mais que bastante na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos”¹³⁸. Aqui, apenas como pistas, inserem-se uma série de problemas dogmáticos em aberto, que reclamam ainda maior investimento em termos de investigação: a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o enfrentamento do crime organizado, a legitimidade e constitucionalidade de dos crimes de perigo abstrato, questões de autoria mediata, distinção entre *dolo* eventual e culpa consciente. Sem descurar que o direito penal “deve continuar a resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual,

ou de tutela de ordenamentos morais – porque aí mesmo abica o movimento de secularização que se apresenta como um dos fatores mais importantes de superação da razão instrumental”¹³⁹.

Na mesma direção apontam os ensinamentos de Claus Roxin, que, rejeitando expressamente o minimalismo da Escola de Frankfurt, consigna que o “Direito Penal não pode retroceder, por princípio, diante da tarefa de lutar contra os riscos que são mais perigosos para a sociedade e para o indivíduo do que a criminalidade ‘clássica’, exemplificando com um delito de perigo abstrato como a direção de veículo sob efeito de bebida alcoólica, que entende necessário e justificado, “pois frente aos condutores ébrios só se pode reagir com êxito no momento em que ainda não aconteceu nada”. Assim, ainda segundo Roxin, eventuais anomalias ou exageros não devem tratar com a renúncia à intervenção penal nestes âmbitos, mas sim, “pelo contrário, mediante o ‘cultivo’ de sua dogmática”¹⁴⁰.

Tudo somado, salta aos olhos que entre o extremo do abolicionismo desenfreado (que, aliás, não integra a pauta genuinamente garantista¹⁴¹) ou mesmo um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões, e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há que lembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais¹⁴², dentre os quais assume destaque a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana¹⁴³ de todos os integrantes da comunidade.

Nesta perspectiva, o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio. A própria sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático – e proporcional - de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas (e, portanto, sempre afinadas com os princípios superiores da ordem constitucional) aos avanços de um fundamentalismo penal desagregador, do qual apenas podemos esperar a instauração do reinado da intolerância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Limites e justificação do poder do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1979.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BARATTA, Alessandro. Kriminalpolitik und Verfassung. In: *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2003, v. 2.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto *Aplicação e interpretação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Interesse Público*, n. 19, 2003.

BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, abr/jun. 1999.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sobre o tom e o dom dos direitos fundamentais. *Revista Consulex*, São Paulo, n. 45, set. 2000.

CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Aplicação da pena no estado democrático de direito e garantismo: considerações a partir do princípio da secularização. In: CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao direito*: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONDE, Francisco Muñoz *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade de risco'. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 43-51.

DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

DENNIGER, Erhard. In: WASSERMANN, Rudolf (org.). *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativ Kommentar)*, 2. Aufl., Neuwied: Luchterhand, 1989.

FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica*: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIA, José Eduardo. Estado, Direito e Sociedade. In: FARIA, José Eduardo Faria e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos?*: Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalistas. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

FLACH, Norberto. *Prisão processual penal*: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

- _____. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre: L&PM, 1999.
- GERBER, Daniel. *Prisão em flagrante: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio Gomes e BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOENDER, Jacob. Estratégias dos estados nacionais diante do processo de globalização. In: GADELHA, Regina M. F. (org.). *Globalização, metropolização e políticas neoliberais*. São Paulo: EDUC, 1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación e n Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- _____. Segurança pública no Estado de Direito. In: *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações da Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Muller, 1995.
- HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- JARASS, Hans D. Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. In: BADURA, Peter e DREIER, Horst (Org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl. München: C.H. Beck, 1995.
- JASPERS, Karl. *Wahrheit und Bewährung*. München-Zürich: R. Piper & Co. Verlag, 1983.
- KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- LOTKE, Eric. A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 24, p. 39-41.
- LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O Procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Már-

tires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988, v. II.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, out. 2000.

NABAIS, José Casalta Nabais. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 220, abr./jun. 2000, p. 69-107.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 11. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito: cinco minutos de filosofia do direito*. 6. ed. ver.a e acresc. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

RUBIN, Daniel Sperb. Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade. *Revista do Ministério Público – RS*, Porto Alegre, n. 49, jan./mar. 2003.

SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 223.

_____. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: TORRES, Ricardo Lobo Torres e MELLO, Celso Albuquerque (org.). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SACHS, Michael. Vorbermerkungen zu Abschnitt I. In: SACHS, Michael (org.). *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1996.

SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 667, p. 252-258, maio 1991.

SANTOS, Boaventura Souza. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista Interesse Público*, São Paulo, n. 2, abr./jun. 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, abr. 2002.

SMEND, Rudolf. *Constitucion y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 97, mar. 2005.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIERA, Diego Camaño. Ley de urgência y derecho penal de la emergencia. *Revista de Estudios Criminales*, n. 6, 2002.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELLI, José Enrique (coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

¹ KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 48-49.

² GALEANO, Eduardo. *De permas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 49.

³ Convém lembrar que Welzel não participaria de um Livro Homenagem por ocasião dos 70 anos de Mezger, organizado em 1954, cf. anota Francisco Muñoz Conde (*Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 16-36).

⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁵ Cf. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito: cinco minutos de filosofia do direito*. 6. ed. ver.a e acresc. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979. Entre nós, vale conferir o estudo de AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Limites e justificação do poder do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1979, p. 85-190, ao versar sobre o relativismo jurídico, a filosofia de Gustav Radbruch e a experiência “jurídica” na esfera do III Reich.

⁶ HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 146-147. Para o autor, a relação de tensão entre o caso e a regra “introduz inevitavelmente um elemento de equidade na vida do direito” (p. 148).

⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

⁹ Na definição lapidar de BOBBIO (*op. cit.*, p. 35), “sereno é o homem de que o outro necessita para vencer o mal dentro de si”, destacando a serenidade na sua condição de potência, consistindo em “deixar o outro ser aquilo que é.” Mais adiante, após apresentar a serenidade como oposto da arrogância e, neste sentido, como a “outra face da política”, que ajuda a definir os limites entre o político e o não político (p. 42), justifica sua escolha por uma virtude que é a antítese da política, aproximando a serenidade de duas outras virtudes complementares: a compaixão (conectada à misericórdia) e a simplicidade, visa como a capacidade de fugir intelectualmente as complicações inúteis e praticamente das posições ambíguas (p. 43-46).

¹⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, n. 97, mar. 2005, p. 171 et seq.

¹¹ Poderíamos referir aqui, em caráter meramente ilustrativo, a internacionalização do discurso e da cultura dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (desde que não resulte num processo de colonização cultural), com evidentes reflexos na seara penal, como dá conta a criação do Tribunal Penal Internacional, a expansão no campo do reconhecimento das garantias penais e processuais, entre tantos outros.

¹² Sobre o significado e evolução do Estado democrático de Direito (necessariamente comprometido com a realização da justiça social, compreendida aqui, em termos genéricos, como a garantia de padrões mínimos de igualdade e liberdade materiais e, portanto de uma vida digna para todos) v., entre nós, especialmente STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Ainda que existam razões para discutir a categorização adotada, notadamente em face da diferença traçada entre o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito, discussão que não nos cabe desenvolver nesta oportunidade.

¹³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sobre o tom e o dom dos direitos fundamentais. *Revista Consulex*, São Paulo, n. 45, set. 2000, p. 38.

¹⁴ Sobre a crise da democracia e as suas relações com o “consenso de Washington”, v. especialmente, SANTOS, Boaventura Souza. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998, p. 17-19.

¹⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergência de la realidad*, p. 16 et seq.

¹⁶ Cumpre registrar, neste sentido, em instigante ensaio sobre o tema, a advertência de FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 127 et seq.

¹⁷ Cf. a noção cunhada por Hannah Arendt, recolhida e divulgada, entre nós, por LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, especialmente p. 146 et seq.

¹⁸ Cf. SANTOS, *op. cit.*, p. 23 et seq., dentre as diversas manifestações desta nova e perversa forma de fascismo, típica dos países tidos como periféricos ou em desenvolvimento, assume especial relevância a crescente

segregação social dos excluídos (fascismo do “apartheid social”), de tal sorte que a “cartografia urbana” passa a ser caracterizada por uma divisão em zonas “civilizadas”, onde as pessoas – ainda – vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal, e em “zonas selvagens”, caracterizadas por uma espécie de retorno ao estado de natureza hobbesiano, no qual o Estado, a pretexto de manutenção da ordem e proteção das “zonas civilizadas”, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subverter-se virtualmente a ordem jurídica democrática, o que, por sua vez, leva à afirmação – também a expressão cunhada por Boaventura Santos - do fenômeno do “fascismo do Estado paralelo”.

¹⁹ Com efeito, para MÜLLER, Friedrich (Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, out. 2000, especialmente p. 45 et seq.), desenvolve a idéia de que a exclusão social acelerada e aprofundada pela globalização econômica revela-se incompatível com um sistema democrático que efetivamente venha a merecer esta designação.

²⁰ Cf. FARIA, *op. cit.*, p. 145-146.

²¹ Neste sentido, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 344 et seq., que, ao retratar a evolução do Estado liberal de matriz burguesa para o assim denominado Estado Social, destaca que com este modelo de Estado “o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança...”.

²² Cf. a lição, entre outros, de GORENDER, Jacob. Estratégias dos estados nacionais diante do processo de globalização. In: GADELHA, Regina M. F. (org.). *Globalização, metropolização e políticas neoliberais*. São Paulo: EDUC, 1997, p. 80 et seq., que, no entanto, sustenta a manutenção do papel de destaque do Estado nacional, muito embora com contornos diversos e mais atenuados.

²³ A este respeito, v. também FARIA, José Eduardo, *op. cit.*, p. 143 et seq.

²⁴ É em face da erosão crescente dos direitos sociais, econômicos e culturais, agregada ao aumento da pobreza e dos níveis de desemprego estrutural, que Boaventura Souza Santos fala na transição – para os integrantes das classes despossuídas – de um “estatuto da cidadania” para um estatuto de “lumpencidadania”, isto é, para uma “cidadania de trapos”, em se fazendo uma tradução literal do alemão (*op. cit.*, p. 19). A respeito deste fenômeno v. ainda – dentre outros – AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, especialmente p. 96 et seq. (versando a respeito das conseqüências da globalização e do ideário neoliberal em geral), assim como, mais recentemente, SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, nº 223, p. 154-155, destacando que, no âmbito do quadro de desemprego, diminui e, por vezes, desaparece o poder de barganha dos trabalhadores e de seus sindicatos, contribuindo para o processo de flexibilização dos direitos trabalhistas.

²⁵ Neste sentido, v. também FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão”. In: *O Mundo da Saúde*, n. 22, p. 74, 1998, alertando para a perda de uma parte significativa da jurisdição por parte do direito positivo e das instituições oficiais, em face do policentrismo que caracteriza a economia globalizada, gerando, para além disso, um avanço de formas inoficiais ou não-oficiais de resolução dos conflitos, de tal sorte que se coloca a indagação de como os direitos fundamentais podem ser assegurados de forma eficiente pelo poder público quando este é relativizado pelo fenômeno da globalização, no âmbito do qual a política (ao menos tendencialmente, poderíamos acrescentar) perde para o mercado seu papel de instância privilegiada de deliberação e decisão.

²⁶ No que diz com um ponto de vista criminológico da problemática remetemos aqui a Eugenio Zaffaroni, para quem a globalização econômica enterrou definitivamente o velho paradigma do simplismo etiológico, o que o autor exemplifica com um episódio banal e cotidiano, mas indicador da grande complexidade do problema, ao referir o caso de um adolescente que, em qualquer cidade latino-americana, ameaça outro, com arma de fogo, para roubar-lhe o tênis de grife. A seguir, o ilustre jurista elenca quatorze considerações relacionadas com o caso: 1) a *res furtiva* foi fabricada na Ásia, com trabalho infantil; 2) o roubo não se motiva por necessidade de sobrevivência, mas pela busca de um símbolo de *status* propagandeado mundialmente; 3) os pais do assaltante foram despedidos, para reduzir custos, pela mesma empresa (ou subsidiária) que explora o trabalho infantil na Ásia; (...) 10) não é raro que o pai da vítima reclame pena de morte, menos garantias e mais ação policial e que vote em políticos que propugnem tais recursos; 11) estes políticos desviam o investimento social, já escasso, para o sistema penal e seu clientelismo (corrupção), reduzindo ainda mais as oportunidades dos netos do pai do assaltado; 12) a polícia mais arbitrária será mais corrupta e permitirá maior contrabando e mercado negro de armas (maior violência); 13) a maior corrupção do sistema penal determinará que as próprias agências executivas convertam-se em engrenagens das organizações criminosas; 14) isso aumentará as chances da vitimização por seqüestro do investidor de classe média (pai do assaltado), e a conseqüente perda de seu

capital (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELLI, José Enrique (coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 18-20.

²⁷ A respeito das questões genéricas que envolvem a noção e implicações da sociedade de risco, v. o clássico BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. Na esfera jurídico-penal, destacamos o estudo de DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade de risco'. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 43-51, ao qual remetemos para maior desenvolvimento e que voltará a ser objeto de referência mais adiante.

²⁸ Discutindo a problemática do papel do Estado Democrático de Direito, do Poder Judiciário e do Ministério Público no contexto de um garantismo que possa dar conta também da efetiva proteção penal dos bens transindividuais, v. o recente contributo de STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

²⁹ Cf. BARATTA, Alessandro. Kriminalpolitik und Verfassung. In: *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2003, v. 2, p. 212-13.

³⁰ Basta lembrar aqui a experiência (intolerante e, portanto, desproporcional) patrocinada a partir da gestão de Giuliani na Prefeitura de Nova Iorque, movida pelo intento de libertar o "cidadão de bem" das "garras do crime", bem como a "teoria das janelas quebradas", idealizada também nos EUA por James Q. Wilson e George Kelling, no início da década de 1980, que partem da idéia de que a relação entre desordem e criminalidade é mais forte que outras causas (pobreza, discriminação das minorias raciais, etc.), além de tentarem demonstrar a relação de causalidade entre criminalidade violenta e a não-repressão a pequenos delitos e contravenções. Para maiores detalhes, confira-se RUBIN, Daniel Sperb. Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade. *Revista do Ministério Público – RS*, Porto Alegre, n. 49, jan./mar. 2003, p. 175-200, sem que se esteja a endossar todas as conclusões do autor.

³¹ Cuida-se de apenas um dos inúmeros fatos veiculados pelos diversos meios de comunicação nos últimos anos, de tal sorte que a referência é feita em caráter meramente ilustrativo.

³² Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, onde o autor, entre outros aspectos, contrapõe a constituição simbólica (considerada em parte na sua condição de instrumento de manipulação social por meio de proposital inserção de promessas não destinadas a uma implementação efetiva no texto constitucional) à constituição normativa. Neste mesmo contexto, o autor invoca a figura simbólica da "legislação-álibi", inclusive no âmbito penal, ao ressaltar – com inteira razão – que nesta seara "as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes" (p. 38).

³³ Cf. NABAIS, José Casalta Nabais. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 965 et seq.

³⁴ Cf. JASPERS, Karl. *Wahrheit und Bewahrung*. München-Zürich: R. Piper & Co. Verlag, 1983, p. 192-193, lembrando, contudo, que mesmo a mera formulação e reconhecimento dos direitos humanos (que – segundo Jaspers – alcançam eficácia jurídica apenas quando acolhidos na condição de direitos fundamentais nas Constituições - p. 189), acaba fortalecendo o respeito do ser humano por seus semelhantes, além de clarificar as conseqüências jurídicas dos direitos juridicamente assegurados. Vale lembrar que o pensamento de Jaspers foi elaborado (ainda que já após a segunda guerra mundial) quando ainda não estava devidamente implantado o sistema europeu e internacional de proteção dos direitos humanos e ainda se faziam sentir de modo agudo os reflexos das experiências totalitárias na própria Alemanha e o fracasso da Liga das Nações.

³⁵ Cf. SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

³⁶ Cf. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoria de la imputación e n Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, onde tal temática é desenvolvida em alguns dos expressivos ensaios que compõe a obra.

³⁷ A palestra do autor foi proferida em 22 de agosto de 2003, no Hotel Meridien, Rio de Janeiro, encontrando-se em vias de publicação. Outrossim, convém relembrar aqui o exemplo da assim designada Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) a partir das pressões feitas pela atriz, diretora e produtora de teatro, televisão e cinema Glória Perez por intermédio da grande mídia, após o lamentável assassinato de sua filha Daniela Perez, sem que se vá aqui (ainda) adentrar o mérito desta e de outras providências tomadas pelo legislador.

³⁸ Neste mesmo contexto insere-se a discussão em torno dos riscos de um direito penal emergencial e de uma legislação movida mais pelo calor do momento do que por uma preocupação com a efetiva proteção dos direitos fundamentais, de tal sorte que as palavras "lei e ordem" passam a assumir um papel de destaque

nos discursos oficiais, tal como bem lembra VIERA, Diego Camaño. Ley de urgência y derecho penal de la emergencia. *Revista de Estudios Criminales*, n. 6, 2002, p. 78 et seq. Entre nós, v., entre outros, os diversos ensaios que integram a obra de GOMES, Luiz Flávio Gomes e BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, assim como a análise de FARIA, José Eduardo. Estado, Direito e Sociedade. In: FARIA, José Eduardo Faria e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos?: Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalistas*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 114 et seq., analisando o impacto da globalização econômica sobre o direito penal, inclusive com a tendencial flexibilização de princípios fundamentais como o da territorialidade (seja pela criação de instâncias supranacionais de persecução e julgamento, seja pela impossibilidade de a ordem jurídica estatal combater a criminalidade internacional e organizada que não restringe sua prática delitiva às fronteiras do Estado atingido), da legalidade e tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente ambíguos e indeterminados, etc.

³⁹ Cf. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 108 et seq. (especialmente p. 113-114).

⁴⁰ Cf. BARATTA, *op. cit.*, p. 213-214.

⁴¹ Neste sentido, as ponderações de STRECK e FELDENS, *op. cit.*, p. 22-23.

⁴² Como contraponto, vale destacar – sem que aqui se vá desenvolver este aspecto – a ausência de um desenvolvimento dogmático similar no direito constitucional norte-americano, o que não significa que não exista uma profícua e influente produção versando sobre os valores constitucionais no âmbito das discussões em torno dos limites e da legitimação da interpretação constitucional. Neste sentido, v. o contributo de SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: TORRES, Ricardo Lobo Torres e MELLO, Celso Albuquerque (org.). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 4, p. 73 et seq., o qual bem aponta que a objeção de um ilegítimo ou pelo menos exagerado ativismo judicial, especialmente por conta dos órgãos encarregados da jurisdição constitucional, assim como de uma espécie de hipertrofia dos direitos fundamentais, notadamente em função dos desdobramentos de sua dimensão objetiva, também tem sido constantemente argüida na Alemanha (basta referir aqui autores do porte de Habermas, Hesse e Böckenförde), de tal sorte que também aqui existem importantes convergências com o direito norte-americano (p. 75 et seq.).

⁴³ Esta a advertência de ALEXY, Robert. “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, in: *Der Staat* 29 (1990), p. 51, que, em caráter meramente exemplificativo, refere as seguintes expressões ligadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e que foram extraídas da doutrina e da jurisprudência: ordem objetiva de valores, sistema de valores, decisões constitucionais fundamentais, direitos fundamentais como normas objetivas, diretrizes e impulsos, etc. Em que pese o uso habitual da terminologia “dimensão objetiva e subjetiva”, convém ressaltar que, com o objetivo de evitar eventuais equívocos relacionados ao problema das diversas dimensões (como sucedâneo do termo “gerações”) dos direitos fundamentais, preferimos utilizar a expressão “perspectiva objetiva e subjetiva”.

⁴⁴ Oportuna torna-se aqui a referência, ainda que exemplificativa, à doutrina das garantias institucionais desenvolvida com base nas lições de Martin Wolff e Carl Schmitt sob a égide da Constituição de Weimar de 1919, bem como da dimensão axiológica da Constituição, encontrada especialmente na obra de SMEND, Rudolf. *Constitucion y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 37-128 e, no que diz com o conteúdo material e efeito integrador dos direitos fundamentais, pp. 225-234. Para o autor, a função integrativa da Constituição apóia-se justamente nos valores essenciais de uma determinada comunidade, em cuja base situam-se os direitos fundamentais.

⁴⁵ Como bem lembra DENNIGER, Erhard (In: WASSERMANN, Rudolf (org.). *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativ Kommentar)*, 2. Aufl., Neuwied: Luchterhand, 1989, p. 189, já no segundo volume da coletânea oficial de suas decisões (BVerfGE 2, 1/12), o Tribunal Federal Constitucional já havia feito referência, neste caso reportando-se à Constituição na sua totalidade, a uma ordem de valores vinculativa de todos os órgãos estatais, baseada principalmente nos valores fundamentais na dignidade humana, na liberdade e na igualdade.

⁴⁶ Cf. BVerfGE 7, 198/204 e ss., posteriormente objeto de ratificação em uma série de outras decisões (por ex., BVerfGE 49, 89/141 e ss, e, mais recentemente, em BVerfGE 98, 365/395).

⁴⁷ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 20-21, que, neste contexto, aponta para a função legitimadora do Estado de Direito decorrente desta significação axiológica objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que constituem os pressupostos do consenso sobre o qual se funda qualquer sociedade democrática, exercendo, neste sentido, o papel de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático.

⁴⁸ Em face de sua relevância para o desenvolvimento, fora da Alemanha, do entendimento de que os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão objetiva e subjetiva, passamos a transcrever os trechos do acórdão prolatado em 1981 (STC 25/1981, FJ 5^o), tal como citado na coletânea de LLORENTE, Francisco Rubio (org.). *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Ariel, p. 77: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los ciudadanos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución [...] Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales [...] se recoge en el art. 10.1 de la CE”. Cumpre aduzir, em homenagem à completude, que o artigo 10.1 da Constituição Espanhola de 1978 reza que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁴⁹ Esta a oportuna advertência de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 144. Na verdade, toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação (Assim, cf. Horst Dreier, “Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte”, in: *JURA* 1994, p. 509).

⁵⁰ Cf., dentre tantos, ANDRADE, *op. cit.*, p. 143.

⁵¹ Neste sentido, por exemplo, Horst Dreier, in: *JURA* 1994, p. 509.

⁵² Cf. leciona ANDRADE, *op. cit.*, p. 165. Saliente-se, todavia, que a expressão mais-valia não deve ser considerada no sentido negativo que lhe atribuiu a doutrina marxista, mas, sim, como expressão de uma força jurídica reforçada dos direitos fundamentais.

⁵³ Citem-se aqui, pela sua importância, o desenvolvimento da categoria dos deveres de proteção do Estado (“Schutzpflichten”), da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (*status activus processualis*) e a problemática da sua eficácia provada (“Drittwirkung”), apenas para permanecermos no terreno da consensualidade.

⁵⁴ Neste sentido, a precisa lição de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 545, recepcionando assim no direito lusitano o entendimento de Robert Alexy (*Der Staat* 29 (1990), p. 55 *et seq.*), quando, em estudo fundamental sobre a perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, demonstrou que a distinção entre regras e princípios é neutra em relação à distinção entre a perspectiva subjetiva e objetiva, no sentido de que tanto normas que garantem direitos subjetivos, quanto normas que vinculam apenas objetivamente o Estado podem ter caráter principiológico.

⁵⁵ A respeito deste ponto, notadamente sobre a noção da Constituição como ordem objetiva de valores e uma resenha de algumas das principais críticas direcionadas a esta concepção por parte da doutrina, remetemos ao estudo de SARMENTO, *op. cit.*, p. 72 *et seq.*

⁵⁶ Cf. ANDRADE, *op. cit.*, p. 145, que aponta para a existência de dois planos distintos e inconfundíveis no que tange à dimensão comunitária (objetiva) dos direitos fundamentais, quais sejam, uma dimensão valorativa ou funcional e o que denomina de dimensão jurídica estrutural.

⁵⁷ Cf. a oportuna consideração de JARASS, Hans D. Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. In: BADURA, Peter e DREIER, Horst (Org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, v. II, p. 37-38.

⁵⁸ Neste contexto cumpre referir o levantamento minucioso dos múltiplos desdobramentos da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais efetuado por BONAVIDES, *op. cit.*, p. 541-542, sem que possamos, no entanto, adentrar o exame isolado de cada uma destas facetas da perspectiva objetiva.

⁵⁹ Este o entendimento, dentre outros, de DREIER, *op. cit.*, p. 509.

⁶⁰ Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Muller, 1995, p. 133.

⁶¹ Esta a observação pertinente de PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 11. Aufl. Heidelberg: C.F. Muller, 1995, p. 23.

⁶² Neste sentido, dentre outros, ANDRADE, *op. cit.*, p. 144-145.

⁶³ A idéia de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos, em que pese sua posterior recepção na doutrina lusitana (cf., dentre outros, ANDRADE, *op. cit.*, p. 146), encontra-se formulada já na jurisprudência

constitucional alemã do início da década de cinqüenta. Neste sentido, o Tribunal Federal Constitucional (BVerfGE 4,7 e ss.) já se havia posicionado a favor de uma concepção do indivíduo como inserido numa comunidade e vinculado aos valores fundamentais desta (“die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums” = vinculação comunitária do indivíduo).

⁶⁴ Sobre o sentido e o alcance desta dimensão comunitária e valorativa da função objetiva dos direitos fundamentais no direito luso-brasileiro há que destacar a obra já citada de José Carlos Vieira de Andrade (p. 145 *et seq.*), da qual extraímos a noção referida.

⁶⁵ Cf. a oportuna lembrança de SARMENTO, *op. cit.*, p. 67.

⁶⁶ A respeito da prevalência, ou não, do interesse público sobre o interesse privado registra-se fecunda e ampla discussão na doutrina, inclusive pátria. Desde logo, destacamos que aderimos, em princípio, à posição bem fundamentada de FREITAS, Juarez (*O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 52-56), que, em linhas gerais, sustenta a inexistência de uma supremacia apriorística do interesse público em face do privado, pois tal hierarquização demanda o exame das circunstâncias do caso concreto, de tal sorte que as ações estatais estarão sempre subordinadas ao princípio da dignidade da pessoa humana (no mesmo sentido, v. os desenvolvimentos mais recentes do autor, no seu *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 225, à luz da idéia de uma superação da dicotomia rígida entre público e privado). Sustentando posição diversa, não poderíamos deixar de referir, pela sua influência e justa autoridade, a tese em prol de uma supremacia do interesse público, esgrimida por Celso Antonio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87 *et seq.*), assim como o debate travado entre Humberto Bergmann Ávila (Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127), e Fábio Medina Osório (Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 220, abr./jun. 2000, p. 69-107.), entre outros. Mais recentemente, v. a coletânea organizada por Daniel Sarmento (*Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005), contendo diversos contributos representando o estado atual do debate, pelo menos no que diz com o Brasil.

⁶⁷ Para quem quiser desenvolver a questão dos deveres fundamentais, remetemos à profunda análise - dentre a literatura em língua portuguesa - de José Casalta Nabais (*O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.)

⁶⁸ Neste sentido, v. a lição de HESSE, Konrad. “Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland”, in: *EuGRZ (Europäische Grundrechte Zeitschrift)* 1978, p. 433.

⁶⁹ Sobre a temática do constitucionalismo dirigente, v. a recente e estimulante coletânea organizada por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, que retrata um qualificado debate entre um grupo de autores nacionais e o jurista lusitano Gomes Canotilho. Bem sustentando, também entre nós, as virtudes do constitucionalismo dirigente, v. ainda os decisivos contributos de BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, abr./jun. 1999, p. 41 *et seq.* e STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 106 *et seq.*

⁷⁰ Cf., dentre outros, ANDRADE, *op. cit.*, p. 161.

⁷¹ Sobre a eficácia negativa, e, de modo geral, sobre os diversos efeitos concretos dos princípios constitucionais, v., dentre outros, recentemente, BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Interesse Público*, n. 19, 2003, p. 74 *et seq.*

⁷² A este respeito, v. a lição de ANDRADE, *op. cit.*, p. 161.

⁷³ Cf. HESSE, *op. cit.*, p. 135.

⁷⁴ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 30-31 (existe tradução em língua portuguesa sob o título *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra: Almedina, 2003), afirmando que a expressão eficácia irradiante não possui consistência dogmático-jurídico, não representando mais do que uma fórmula vaga e imprecisa extraída da linguagem cotidiana.

⁷⁵ V., dentre outros, as atualizadas manifestações de PIEROTH e SCHLINK, *op. cit.*, p. 23, bem como de SACHS, Michael. Vorbermerkungen zu Abschnitt I. In: SACHS, Michael (org.). *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1996, p. 79. No direito lusitano estes efeitos da dimensão objetiva encontram-se ar-

rolados de forma clara e didática na obra de José Carlos Vieira de Andrade (*op. cit.*, p. 168-169), que, neste contexto, além da necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, aponta, ainda, para a existência de uma obrigação geral de respeito vigente também na esfera privada e que identifica como um efeito externo deles. Neste sentido, entendemos que este dever geral de respeito tanto diz respeito à necessidade de uma hermenêutica vinculada aos direitos fundamentais, quanto à problemática de sua eficácia privada. Entre nós, a interpretação dos direitos fundamentais encontra-se primorosamente tratada, entre outras tantas obras de valor, no referencial curso do Prof. Paulo Bonavides (*op. cit.*, p. 532 et seq.), assim como, mais recentemente, no igualmente já clássico trabalho de Juarez Freitas (*op. cit.*, p. 189 et seq.)

⁷⁶ Cf. SARMENTO, *op. cit.*, p. 80-81.

⁷⁷ A respeito deste tema v. a obra específica de SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

⁷⁸ Nesta perspectiva, v. as já clássicas contribuições em língua portuguesa de Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988, v. II - ao destacar que com a promulgação de uma nova Constituição ocorre a novação da ordem jurídica e, portanto, a sua necessária reinterpretação) e, entre nós, de BARROSO, Luís Roberto (*Aplicação e interpretação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145 - falando-nos de uma interpretação evolutiva) e STRECK, Lênio Luiz (*Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002), em linhas gerais lembrando que não se deve olhar o novo com os olhos do velho, isto é, com o olhar voltado para trás.

⁷⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, referindo que por meio da constitucionalização (notadamente pela via interpretativa) os valores emancipatórios contidos na Constituição incidirão sobre a ordem jurídica infraconstitucional.

⁸⁰ De modo geral, estamos a nos mover aqui em seara a respeito da qual (pelo menos no concernente à necessidade de uma interpretação conforme a Constituição e um filtragem constitucional da normativa infraconstitucional) existe já expressiva e qualificada doutrina no direito pátrio, não sendo o caso de desenvolver esta perspectiva.

⁸¹ É nesta perspectiva que se situa, por exemplo, a impactante afirmação de HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. In: *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações da Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 70, no sentido de que o direito processual penal não é outra coisa senão direito constitucional aplicado.

⁸² A este respeito, v., dentre outros, HESSE, *op. cit.*, p. 155, e SACHS, *op. cit.*, p. 79-80.

⁸³ Cf. DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 17 et seq.

⁸⁴ Esta a lição, dentre outros, de Peter Badura, *Staatsrecht*, München: C.H. Beck, 1986, p. 79; na literatura mais recente, v., por exemplo, Hans D. Jarass e Bodo Pieroth (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl. München: C.H. Beck, 1995, p. 19).

⁸⁵ Neste sentido, PIEROTH e SCHLINK, *op. cit.*, p. 26-27; a respeito de exemplos expressamente positivados, MANSSEN, Gerrit. *Staatsrecht I: Grundrechtsdogmatik*. München: Franz Vahlen, 1995, p. 17, que menciona os arts. 1º, inc. I (dignidade humana), e 6º, inc. IV (proteção da maternidade), da Lei Fundamental.

⁸⁶ Assim, poder-se-ia cogitar de um dever geral de proteção decorrente expressamente do artigo 5º, “caput”, da CF, que menciona expressamente o direito à segurança, assim como a proteção do consumidor na forma da lei (art. 5º, inc. XXXII), do dever de assegurar-se a proteção das participações individuais em obras coletivas (art. 5º, inc. XXVIII). No âmbito dos direitos sociais dos trabalhadores, merecem destaque as normas do art. 7º, inc. X (proteção do salário, na forma da lei), art. 7º, inc. XXVII (proteção legal contra a automação) e art. 7º, inc. XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), apenas para que se fique na esfera das hipóteses que de forma mais evidente anunciam deveres expressos de proteção por parte do Estado, por meio de medidas legislativas na esfera dos direitos fundamentais.

⁸⁷ Sobre este fundamento da teoria dos deveres de proteção, v. VON MÜNCH, Ingo. *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*. Frankfurt am Main: Peter Lang, p. 26.

⁸⁸ Sobre este tópico, v., dentre outros, a abalizada síntese de LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 182 et seq.

⁸⁹ Cf. CANARIS, *op. cit.*, p. 72 et seq.

⁹⁰ Sobre o ponto, v., dentre outros, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 410 *et seq.*

⁹¹ Neste sentido, a paradigmática decisão encontrada em *BVerfGE* vol. 39, especialmente p. 49 e ss (houve uma segunda decisão a respeito da descriminalização do aborto, do dia 28.05.93, {*BVerfGE* 88, p. 203 e ss.} que acabou chancelando a figura da assim denominada proibição de insuficiência, que será objeto de análise um pouco mais detida neste estudo, mas que, em linhas gerais, não desbordou – aquilo que interessa aos deveres de proteção – essencialmente da primeira). Nesta mesma linha (notadamente no concernente ao reconhecimento de deveres de proteção estatais) situam-se importantes decisões de outros Tribunais Constitucionais, com destaque para a decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (Sentença nº 53, de 1985), e, mais recentemente, do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 288, de 18.04.98). Em todas estas decisões assumiu papel de destaque o argumento de que o Estado tem um dever de proteção da vida mesmo contra a pessoa da mãe e que tal dever exige a implementação de um sistema legal de proteção da vida, que, considerando a natureza do valor em causa, inclui uma proteção na esfera jurídico-penal, de tal sorte que também a descriminalização de condutas ofensivas a bens fundamentais pode ser impugnada por inconstitucional.

⁹² A respeito desta problemática, v., entre outros, as críticas e eruditas ponderações de FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

⁹³ O ponto de interrogação entre parênteses nos remete à discussão em torno da qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade, já que se discute a sua condição de princípio ou de regra (tomando-se aqui ambas as noções tal qual formuladas teoricamente por Robert Alexy e seus seguidores), isto sem falar nas considerações mais recentes questionando a condição propriamente principiológica da proporcionalidade (especialmente em se partindo dos referências apresentados por Alexy) que, segundo esta doutrina, notadamente quando se cuidar do controle de constitucionalidade (proporcionalidade) de atos estatais, assume feições de postulado normativo-aplicativo, razão pela qual se faz referência a um dever de proporcionalidade. Neste sentido, v. a contribuição crítica de ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003, especialmente p. 104 *et seq.* (no que diz com a proporcionalidade).

⁹⁴ Restringindo-nos à produção monográfica nacional (brasileira) específica, que aqui vai citada em caráter não exaustivo, reportamo-nos às obras de Raquel Denise Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, Paulo Armínio Tavares Buechele, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, São Paulo: Malheiros.

⁹⁵ Cf., neste sentido, a conceituação proposta por PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, especialmente p. 798 *et seq.*

⁹⁶ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, in: *AcP (Archiv für die zivilistische Praxis)* nº 184, 1984, p. 228 e ss., posteriormente ratificado e desenvolvido na obra *Grundrechte und Privatrecht*, de 1999, já referida.

⁹⁷ Cf. Josef Isensee, in: Josef Isensee e Paul Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, Heidelberg: C.F. Müller, 1992, § 111, onde, além de analisar a função defensiva dos direitos fundamentais, versa com profundidade sobre a função dos direitos fundamentais como deveres de proteção.

⁹⁸ No âmbito do direito brasileiro, parece-nos que o pioneirismo na utilização desta terminologia deva ser atribuído a Luís Virgílio Afonso da Silva (O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, abr. 2002, p. 23 *et seq.*), anotando, com precisão, que a utilização desta categoria já justificaria, por si só, o abandono do tratamento como sinônimos dos conceitos de proporcionalidade e proibição de excesso.

⁹⁹ Cfr. *BverfGE* 88, p. 203 (254).

¹⁰⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 209.

¹⁰¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 267. A terminologia adotada pelo ilustre catedrático (a despeito da correta explanação de seu significado) de Coimbra não traduz com precisão a idéia de proteção insuficiente (já que o defeito poderia ser diverso, além do que é possível afirmar que defeito também ocorrer na incorreta aplicação do princípio da proibição de excesso) e a noção de que se cuida de categoria contraposta à proibição de excesso.

¹⁰² Cf. SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista Interesse Público*, São Paulo, n. 2, abr./jun. 1999, p. 95 et seq. Como bem demonstra o autor, a vinculação do legislador ao princípio da proporcionalidade só veio a ser reconhecida com a vigência da Lei Fundamental de 1949, em boa parte a partir da experiência com as “leis injustas” do período nacional-socialista.

¹⁰³ Cf., CANOTILHO, *op. cit.*, 1998, p. 266-267, assim como SCHOLLER, *op. cit.*, p. 97 et seq., que, além de citar uma série de exemplos elucidativos, bem destaca – entre outros aspectos dignos de nota – que ao legislador é concedida uma margem maior de arbítrio para tomar medidas restritivas de direitos, inclusive para fazer frente a situações de risco meramente potenciais e hipotéticas, ao passo que a administração costuma zelar apenas pela prevenção de ameaças e repressão de violações concretas a bens fundamentais.

¹⁰⁴ Importa registrar, neste ponto, a discussão doutrinária a respeito da fungibilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente a existência de fortes posições que, também entre nós, sustentam a ausência de identidade entre ambos, notadamente quanto ao fato de que o princípio da proporcionalidade tal como desenvolvido dogmaticamente na Alemanha (embora também lá não de modo completamente uniforme e incontroverso quanto a uma série de aspectos) não equivale pura e simplesmente à razoabilidade dos americanos (como, por exemplo, chega a sugerir Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 57, e que possui, portanto, um sentido e conteúdo distintos) pelo menos parcialmente, considerando especialmente as noções de proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito dos alemães. A respeito deste ponto, remetemos especialmente aos estudos de Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos...*, p. 173 e ss., e, mais recentemente, Luís Virgílio Afonso da Silva, *Do proporcional e do razoável*, p. 27 e ss.

¹⁰⁵ A respeito destes três critérios e sua aplicação, v., dentre tantos, SCHOLLER, Heinrich, *loc. cit.*, e CANOTILHO, *op. cit.*, p. 264-265; Entre nós, v., entre outros, também neste sentido (pelo menos em linhas gerais e no que diz com a adoção deste exame da proporcionalidade em três níveis, consoante o paradigma germânico) as já clássicas contribuições de BONAVIDES, *op. cit.*, p. 360 et seq.; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25 et seq. (o autor possui outros estudos importantes sobre o tema); MENDES, *op. cit.*, p. 246 et seq.; STEINMETZ, *op. cit.*, p. 137 e ss., e, por último, ÁVILA, *op. cit.*, p. 108 et seq.

¹⁰⁶ Cf. SCHOLLER, *op. cit.*, p. 101-102.

¹⁰⁷ Cfr. Johannes Dietlein, “Das Untermassverbot”, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1995, p. 132-33, apontando que, a despeito de se tratar de um conceito tão aberto e indeterminado quanto o da proibição de excesso (no que não se registram maiores diferenças entre ambas as noções), a proibição de excesso está longe de encontrar o mesmo grau de concretização e desenvolvimento que a alcançada pela proibição de excesso ou proporcionalidade no sentido tradicionalmente utilizado.

¹⁰⁸ Neste sentido, v. o próprio Johannes Dietlein, in: *ZG* 1995, p. 133 e ss., assim como Karl Eberhard Hain, “Das Untermassverbot in der Kontroverse”, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1996, p. 75 e ss.

¹⁰⁹ Cfr. a forte e original crítica de Eberhard Hain, “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass- und Untermassverbot?”, in: *DVBL (Deutsches Verwaltungsblatt)* 1973, p. 982 e ss, aqui apresentada de modo resumido.

¹¹⁰ Cf. CANARIS, *op. cit.*, p. 39 et seq.

¹¹¹ Cf. CANARIS, *op. cit.*, p. 43 et seq., argumentando que a proteção acaba, em regra, ocorrendo por intermédio da legislação ordinária, que por sua vez será passível de controle pelo Poder Judiciário quando presentes os pressupostos mínimos para tanto, especialmente a existência de um dever constitucional de ação e sua manifesta inobservância, além dos demais aspectos já referidos anteriormente quando discorreremos sobre os deveres de proteção em geral (v. supra, 2.1)..

¹¹² Cfr. decisão do Tribunal Constitucional Federal do dia 28.02.2002, in: *DÖV (Die öffentliche Verwaltung)* 2002, p. 521.

¹¹³ Cfr. Johannes Dietlein, in: ZG 1995, p. 136-7. Para Dietlein, a autonomia das duas categorias pode ser demonstrada plasticamente com base na problemática do aborto, já que se o legislador formulasse um regramento exigindo das mulheres com intenção de abortar a aquisição e leitura de um informativo a respeito da vida intrauterina, tal exigência dificilmente poderia ser considerada uma violação da proibição de excesso, por intervenção na esfera de liberdade da mulher, já que justificada pela finalidade legítima da intervenção, pela adequação da medida e sua exigibilidade. Em contrapartida, resulta igualmente evidente que o dever de proteção do estado em relação à vida intrauterina de longe não resta implementado pela simples exigência da aquisição de um boletim informativo.

¹¹⁴ Cf. FREITAS, *op. cit.*, p. 56-57, colacionando exemplos na esfera de atuação do administrador.

¹¹⁵ Isto não significa, na esteira de anterior voto do saudoso Min. Assis Toledo, que a arma de brinquedo não possa caracterizar a “grave ameaça” que transforma o furto em roubo (ainda que, tecnicamente, ocorresse um furto mediante fraude), mas afasta o grave equívoco de considerá-la para os efeitos do disposto no parágrafo 2º do art. 157, cuja expressão verbal é “emprego de arma”.

¹¹⁶ A 8ª. Câmara Criminal do TJRS, entretanto, entende a “Arguição de inconstitucionalidade sem concretude. A diferenciação na exasperação da pena, ocorrente entre o furto e o roubo em relação ao concurso de pessoas, deflui da própria sistemática penal, não se constatando, no caso, qualquer pecha de inconstitucionalidade no artigo de lei fustigado. É inviável a aplicação, por analogia, da majorante prevista para o roubo ao furto qualificado pelo concurso de agentes, pois se está diante de norma expressa, inexistente lacuna da lei.” (Apelação crime n. 70004326609, Rel. Des. Roque Miguel Fank, 09.10.2002. No mesmo sentido: Embargos Infringentes, 3º Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, nº 70002636892 (17.08.2001) e nº. 70001362482 (15.09.2000).

¹¹⁷ Cf. julgamento proferido no Habeas Corpus n. 82.959/SP, em 23.02.2006, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, onde, em virtude do pedido, a questão restou limitada à progressão de regime, não sendo apreciada a possibilidade de concessão da liberdade provisória na hipótese de crime considerado “hediondo”, nos termos da Lei Federal n. 8.072/90.

¹¹⁸ A respeito do tema da prisão provisória e da inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória nos casos dos assim chamados crimes hediondos, v. a pioneira contribuição de SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 667, p. 252-258, maio 1991. Dentre a produção monográfica nacional, remetemos aqui ao excelente texto de FLACH, Norberto. *Prisão processual penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; GERBER, Daniel. *Prisão em flagrante: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹¹⁹ Cfr. já reconhecido, de modo irreparável, pelo TJRS, colacionando-se aqui o Acórdão prolatado no Agravo nº 698 287 661 (Cruz Alta), pela 5ª Câmara Criminal, tendo como Relator o Des. Amilton Bueno de Carvalho, na linha do que já tem decidido, em alguns casos, o nosso Superior Tribunal de Justiça.

¹²⁰ Sobre este ponto, e, de modo geral, abordando várias questões polêmicas no âmbito da execução penal e do seu controle de constitucionalidade, v., dentre tantos a importante coletânea organizada por CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹²¹ Na fundamentação da abolição da reincidência seguiram-se as lições de Zaffaroni e de Ferrajoli. Para maiores detalhes, inclusive instigante comentário de Salo de Carvalho, na *Revista Jurídica*, ano 47, n. 268, fevereiro de 2000, pp. 119-35. Uma análise (no caso, endossando as conclusões do TJRS) desta e de outras decisões encontra-se na obra de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (*Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, especialmente p. 61 e ss. no concernente à reincidência).

¹²² Neste sentido, não poderíamos deixar de remeter às ponderações instigantes de CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena no estado democrático de direito e garantismo: considerações a partir do princípio da secularização. In: CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, especialmente p. 61 e ss. Na mesma direção, sustentando enfaticamente a inconstitucionalidade da reincidência, situa-se a doutrina de André Copetti (*Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 193 et seq). Mais recentemente, BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 242 et seq., elenca uma série de argumentos adicionais em prol da tese da ilegitimidade constitucional da agravante.

¹²³ A respeito dos postulados do garantismo, do seu significado e das suas implicações, notadamente no concernente à pena e sua aplicação (e execução) v., entre nós, o referencial trabalho de Salo de Carvalho (*Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.)

¹²⁴ Nesta quadra, também o já referido argumento do cunho estigmatizante do instituto da reincidência talvez possa ser repensado, pois não há como negar que uma simples condenação criminal (para muitos até mesmo o simples fato de ser processado) já possuem um caráter mais ou menos estigmatizante. É claro que o caráter estigmatizante, somado à discussão em torno da falência do sistema penal em termos de prevenção e ressocialização, acaba por reforçar a tese também da inconstitucionalidade da reincidência, mas também não afasta o argumento de que independentemente de qualquer caráter ressocializador, existem casos em que a contenção da pessoa no sentido de evitar graves violações de bens jurídicos relevantes segue sendo um problema a ser resolvido.

¹²⁵ Nesta linha situa-se o Acórdão da 8ª Câmara Criminal do TJRS, proferido no Agravo nº 699128922, Porto Alegre, Relatado pelo Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, considerando que a exigência de arrependimento não pode, por si só, obstar a progressão de regime, pois o Estado “não está legitimado a modificar a personalidade do agente e a prisão não é ‘lavagem cerebral’”. Sustentando a mesma tese, agora diretamente embasada na dignidade da pessoa humana, v. Natália Gimenes Pinzon, *Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana*, Dissertação de Mestrado orientada pelo Prof. Dr. Salo de Carvalho, apresentada em junho de 2003, no Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do RS, ainda não publicada.

¹²⁶ Nesta linha, embora não nos mesmos termos, situa-se a proposta de CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reincidência. *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)*, a. 1, n. 3, 1999, p. 3, sugerindo, em síntese, uma análise guiada pelo caso concreto, aplicando-se a agravante da reincidência apenas quando houver uma conexão direta e inequívoca com o fato e entre os delitos.

¹²⁷ Cuida-se de Apelação Criminal julgada pelo TJRS (o processo tramitou na Comarca de Cachoeira do Sul) e que, por não ter sido publicada, vai aqui referida sem a identificação de qualquer um dos envolvidos já que a utilização no presente texto teve o intuito apenas de apresentar um exemplo suficientemente ilustrativo para a discussão aqui empreendida.

¹²⁸ Aqui remetemos ao instigante ensaio de Lenio Luiz Streck, “A dupla face do princípio da proporcionalidade...”, especialmente p. 181 e ss., colacionando e analisando à luz da temática da “dupla face” da proporcionalidade, várias hipóteses vinculadas ao direito penal. Também L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho (*Processo penal e constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31 *et seq.*), acabou bem reconhecendo a necessidade da observância da proibição de excesso e de insuficiência e discute algumas hipóteses.

¹²⁹ Cf. LOTKE, Eric. A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 24, p. 39-41.

¹³⁰ A respeito desta perspectiva, v. o já referido ensaio de RUBIN, *op. cit.*, p. 175-200, destacando mais uma vez que não endossamos boa parte das posições sustentadas.

¹³¹ Cf. HASSEMER, *op. cit.*, 1999, p. 254 -257 e p. 270.

¹³² Cf. HASSEMER, *op. cit.*, 1999, p. 279.

¹³³ Cf. HASSEMER, *op. cit.*, 1999, p. 282.

¹³⁴ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 36, p. 44-45.

¹³⁵ Cf. SILVA SÁNCHEZ, *id.*, p. 48-49. De acordo com o autor, cuida-se de uma desafio “Político, porque nem tudo que acontece na referida práxis merece uma idêntica desqualificação global e é preciso assentar as bases de uma aproximação diferenciadora da mesma. Científico, porque a teorização das referidas tendências e a sua recondução, na medida em que procedam, ao sistema comum da teoria do delito, haveria de ser a mostra da efetiva flexibilidade – e viabilidade – do propugnado sistema aberto” (p. 49).

¹³⁶ Cf. DIAS, *op. cit.*, p. 43-51.

¹³⁷ Cf. DIAS, *op. cit.*, p. 56-57.

¹³⁸ Cfr. DIAS, *op. cit.*, p. 59. Entre nós, recentemente, cumpre colacionar a lição de STRECK e FELDENS, *op. cit.*, especialmente p. 39 *et seq.*, argumentando que “o manejo do Direito Penal fica, portanto, subordinado – como não poderia deixar de ser – à materialidade da Constituição. *Criminalizações e descriminalizações devem estar umbilicalmente ligadas aos propósitos do núcleo político essencial da Constituição...*” (p. 39), destacando, mais adiante, que “as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser igualmente direcionadas para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e *daqueles que atentam contra os direitos fundamentais, bem assim os delitos que afrontam bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado e a dignidade da pessoa, isso sem falar nos bens jurídicos de índole transindividual*” (p. 42).

¹³⁹ Cf. também DIAS, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁰ Cf. ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 89-94.

¹⁴¹ Cf. bem lembra Salo de Carvalho (Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo (org.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 17 *et seq.*), criticando enfaticamente o modelo abolicionista. Também colacionando algumas críticas em relação ao abolicionismo, v. ainda e entre tantos, Paulo de Souza Queiroz (*Do caráter subsidiário do direito penal*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, especialmente p. 49 *et seq.*)

¹⁴² Adotando a idéia de um Estado essencial, nem mínimo nem máximo, mas necessário à realização dos seus fins ancorados na Constituição, cf. FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31 *et seq.*

¹⁴³ A respeito da dignidade da pessoa humana, remetemos ao nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CONSTITUTION, PROPORTIONALITY AND FUNDAMENTAL RIGHTS: CRIMINAL LAW BETWEEN THE PROHIBITION OF EXCESS AND INSUFFICIENCY

ABSTRACT

This paper adopts as a starting point the notion that Legal Democratic State is also a State concerned with fundamental rights guaranties, considering fundamental rights simultaneously foundation, purpose and task of the State and of the own society. Criminal Law, which above all operates (or should operate) as an instrument of guardianship of fundamental rights, but that also includes a content able to strongly limit individual rights, must be object of permanent constitutional control, notably as regards the necessary harmony with the criteria related to proportionality. However, and otherwise under the risk of the distortion of its meaning and role in constitutional order, proportionality is not to be limited to oppose the excess of limits to the rights, but also must include the evaluation of an eventually existing insufficiency as regards the protection of fundamental rights, an assessment to be made in each case and with the due pondering process. Showing some examples, the author aims to demonstrate the correctfulness of the notion that without due acknowledgement and solution of the double dimension of proportionality, the conception of “criminal guarantism” – in its clearly liberal-iluminist aspect and, therefore, not always open to the insight defended in this work – may suffer, depending on the

circumstances, of an unilaterality not suitable for the system of fundamental rights.

KEYWORDS: Criminal Law. Fundamental rights. Proportionality. Excess. Insufficiency.

CONSTITUTION, PROPORTIONNALITÉ ET DROITS FONDAMENTAUX: LE DROIT PÉNAL ENTRE INTERDICTION D'EXCÈS ET D'INSUFFISANCE

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un essai qui prend comme prémisse l'idée selon laquelle un État démocratique de droit est toujours aussi un État qui se peut désigner de «garant», dans le sens où les droits fondamentaux sont considérés simultanément comme fondement, finalité et tâche de l'État et de la société elle-même. Le Droit pénal, comme bien connu, opère (ou ainsi le devrait) comme instrument de tutelle de biens *jusfundamentaux*, mais qui a pour charge un contenu fortement réducteur des droits de la personne, il devra faire l'objet de permanent filtrage constitutionnel, notamment en ce qui concerne à sa syntonie aux critères de proportionnalité. Celle-ci, néanmoins ne se limite pas à empêcher des limitations excessives des droits – sous peine de déformation de son sens et de sa fonction dans l'ordre constitutionnel -, elle détermine qu'on évalue, pour chaque cas et prenant en compte la pondération due, l'éventuelle insuffisance concernant la protection de ces droits ou d'autres biens fondamentaux. Bref, en prenant quelques exemples, on cherche à démontrer la vérité de la conception selon laquelle sans une vraie reconnaissance et une idée précise de ce que pourrait désigner la double dimension de la proportionnalité, aussi la conception de « garantisme pénale » - dans son côté éminemment libéral-illuministe et, donc, pas toujours ouvert à la perspective soutenue dans la présente étude – on courrait le risque, en dépendant des circonstances, de nous tromper vers une vue unilatérale non saine sur le système des droits fondamentaux.

MOTS-CLÉS: Droit pénal. Droits fondamentaux. Proportionnalité. Excès. Insuffisance.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

*Ivo César Barreto de Carvalho**

1 Considerações preliminares. 2 Noção histórica. 2.1 Origem e evolução da teoria no direito alienígena. 2.2 Introdução da teoria no ordenamento jurídico pátrio. 3 A desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica no Código Civil de 2002. 3.1 Conceito e previsão legal. 3.2 Hipóteses. 3.3 Efeitos e limites. 3.4 Jurisprudência. 4 Conclusões.

RESUMO

O presente artigo trata da teoria da desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica, atualmente positivada no artigo 50 do Código Civil Brasileiro, mais especificamente de seus critérios, hipóteses, efeitos e limites. Igualmente, será apresentada a evolução do instituto no direito alienígena e no ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa Jurídica. Personalidade. Desconconsideração. Desvio de finalidade. Confusão patrimonial.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A pessoa jurídica, como ente autônomo, possui personalidade, capacidade e patrimônio próprios, distintos da dos seus membros ou instituidores. Em regra, estes membros ou instituidores não respondem pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica por eles formada ou instituída. Eis o princípio da autonomia patrimonial.

Se uma dada pessoa jurídica de direito privado adquire personalidade, nos termos do art. 45 do Código Civil de 2002, assim começa sua existência legal. A partir da inscrição de seu ato constitutivo no respectivo registro, ela passa a ser apta a adquirir direitos e contrair obrigações na esfera jurídica. Desta feita, a pessoa jurídica passa a poder figurar – ela mesma e não seu sócio ou instituidor – nos pólos ativo e passivo das relações jurídicas.

* Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Contratual pela PUC-SP. Advogado licenciado (OAB-CE). Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Noutros termos, é a pessoa jurídica que contrata seus empregados (e não seus sócios); é a pessoa jurídica que contrata com seus fornecedores (e não seus sócios); é a pessoa jurídica que vende suas mercadorias ou serviços (e não seus sócios); é a pessoa jurídica a devedora dos tributos inerentes à sua atividade (e não seus sócios).

Infelizmente, membros e instituidores inescrupulosos de pessoas jurídicas de direito privado, na tentativa de burlar o princípio da autonomia patrimonial, utilizam-se de práticas dolosas, abusivas e fraudulentas a fim de obstar o cumprimento da lei e/ou das obrigações desta.

Tal prática, já alertando aos pessimistas de plantão, não se originou no Brasil, mas existe no mundo todo. Nos mais diversos países, os legisladores, os doutrinadores e os aplicadores da lei, de um modo geral, identificaram o problema e passaram a idealizar uma solução ou tentativa de minimizar tal atitude intolerável.

2 NOÇÃO HISTÓRICA

2.1 Origem e evolução da teoria no direito alienígena

O primeiro precedente jurisprudencial conhecido na história ocorreu na Inglaterra, em 1897. Trata-se do famoso caso *Salomon v. Salomon & Cia.* Assim relatam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:¹

Aaron Salomon, objetivando constituir uma sociedade, reuniu seis membros da sua própria família, cedendo para cada um apenas uma ação representativa, ao passo que, para si, reservou vinte mil.

Pela desproporção na distribuição do controle acionário já se verificava a dificuldade em reconhecer a separação dos patrimônios de *Salomon* e de sua própria companhia.

Em determinado momento, talvez antevendo a quebra da empresa, *Salomon* cuidou de emitir títulos privilegiados (obrigações garantidas) no valor de dez mil libras esterlinas, que ele mesmo cuidou de adquirir.

Ora, revelando-se insolável a sociedade, o próprio *Salomon*, que passou a ser credor privilegiado da sociedade, preferiu a todos os demais credores quirografários (sem garantia), liquidando o patrimônio líquido da empresa.

Apesar de *Salomon* haver utilizado a companhia como escudo para lesar os demais credores, a Câmara dos Lordes, reformando as decisões das instâncias inferiores, acatou a sua defesa, no sentido de que, tendo sido validamente constituída, e não se identificando a responsabilidade civil da sociedade com a do próprio *Salomon*, este não poderia, pessoalmente, responder pelas dívidas sociais.

Ao seu passo, César Fiúza afirma haver mesmo precedentes ao famoso caso relatado, tendo este ocorrido nos Estados Unidos ²:

Há quem afirme, porém, que o *leading case* (primeiro caso) da teoria da desconsideração ocorreu nos Estados Unidos, ainda em 1809. Trata-se do caso do *Bank of the United States v. Deveaux*. O Juiz Marshall, *lifting the corporate veil*, isto é, alçando o véu protetor da personalidade jurídica da sociedade, no caso um banco, considerou características pessoais dos sócios, para fixar como competente para julgar o caso a *Federal Court*, diante do fato de serem estrangeiros os administradores da instituição financeira.

Caio Mário da Silva Pereira aduz, ainda, que em 1911, nos Estados Unidos, mais precisamente em Nova Iorque, surgiu a idéia de conceder o privilégio de *self-incorporations*, “com o objetivo de estimular certas atividades produtivas”. Com o surgimento de tal privilégio, eclodiu também a necessidade de “impedir a fraude ou abuso, na utilização da personalidade jurídica” ³.

Diante desses e de outros casos, numa sistematização teórica mais aprofundada, o professor da Faculdade de Direito de Heidelberg, Rolf Serick, em 1955, apresentou a “teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica” (*Durchgriff der juristischen Personen*). Com fulcro nesta teoria, pretendeu-se justificar a superação da personalidade jurídica da sociedade em caso de abuso ou fraude, permitindo-se o reconhecimento da responsabilidade ilimitada na pessoa dos sócios.

A reação a esses abusos ocorreu em diversos países, sendo logo tal teoria incorporada pelos mesmos (*disregard doctrine* ou *disregard of legal entity*, no direito anglo-americano; *abus de la notion de personnalité sociale* ou *mise à l'écart de la personnalité morale*, no direito francês; *superamento della personalità giuridica*, na doutrina italiana; *teoria de la penetración* ou *desestimación de la personalidad*, no direito argentino).

Vale ressaltar que com a aplicação dessa teoria não se pretende liquidar, dissolver ou extinguir a pessoa jurídica diante de sua impossibilidade no cumprimento das obrigações legais ou contratuais. Pelo contrário, fortalece-se o princípio da autonomia patrimonial com a aplicação da teoria da desconsideração, ao perceber que os membros ou instituidores da pessoa jurídica, no momento que desrespeitaram tal princípio, abriram a possibilidade de seus próprios patrimônios responderem pelas obrigações da pessoa jurídica por eles lesionada ou fraudada.

Nesta seara principiológica, são imprescindíveis as lições de Fábio Ulhoa Coelho:⁴

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica (ou do superamento da personalidade jurídica) não questiona o princípio

da autonomia patrimonial, que continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta. Trata-se de aperfeiçoamento da teoria da pessoa jurídica, através da coibição do mau uso de seus fundamentos. Assim, a pessoa jurídica desconsiderada não é extinta, liquidada ou dissolvida pela desconsideração; não é, igualmente, invalidada ou desfeita. Apenas determinados efeitos de seus atos constitutivos deixam de se produzir episodicamente. Em outras palavras, a separação patrimonial decorrente da constituição da pessoa jurídica não será eficaz no episódio da repressão à fraude. Para todos os demais efeitos, a constituição da pessoa jurídica é existente, válida e plenamente eficaz.

Enfim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não entra em contradição com os princípios basilares do direito civil, notadamente o da autonomia patrimonial; na verdade o complementa, trazendo um instrumento jurídico válido e eficaz no combate à fraude e abuso dos sócios e instituidores de pessoas jurídicas de direito privado na condução e administração destas.

2.2 Introdução da teoria no ordenamento jurídico pátrio

No Brasil, mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, diversos tribunais aplicavam a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica aos casos de abuso de direito e fraude, perpetrados pela má utilização da personalidade jurídica. Os doutrinadores e magistrados fundamentavam essa possibilidade no art. 20 do Código Civil de 1916, que reconhecia a distinção entre a personalidade da sociedade e dos sócios. O princípio da separação estava assim disposto: “Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

O primeiro jurista brasileiro a tratar da teoria objeto deste estudo foi Rubens Requião, no final dos anos 1960, tendo sustentado a aplicação da desconsideração da personalidade das pessoas jurídicas pelos tribunais brasileiros, a despeito de uma previsão legal específica. O professor paranaense adotou, assim, uma posição de vanguarda ao propugnar a compatibilização entre a teoria da desconsideração e o direito brasileiro, independentemente de dispositivo legal expresso. Assim se manifestou em conferência proferida na Universidade do Paraná⁵:

Diante do abuso e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.

Como já exposto, o direito brasileiro não possuía norma específica sobre o tema. No entanto, já dispunha o §2º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Não é bem um caso de desconsideração da personalidade jurídica, mas um caso típico de responsabilidade solidária pelo pagamento de débitos trabalhistas.

Hipóteses semelhantes a esta consistem nos arts. 134, inciso VII, e 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, que tratam de casos de responsabilidade tributária, não havendo ainda propriamente a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

VII – os sócios, no caso de liquidação da sociedade de pessoas.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Outro provimento legislativo que enuncia a repressão de abusos e irregularidades cometidos por dirigentes de sociedades, em detrimento dos sócios, acionistas ou o público em geral foi a Lei n. 6.024/74. Em seu art. 36 prevê a indisponibilidade dos bens dos administradores apontados como responsáveis pela má condução dos negócios das instituições de crédito, causadoras da intervenção do Banco Central, quando da liquidação extrajudicial dessas entidades. Assim prescreve o dispositivo legal referido:

Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

Percebe-se do dispositivo supra que, desconsiderando-se a pessoa jurídica do banco, ou seja, rompendo-se a concha da pessoa jurídica (*cracking open the corporate shell*), pode-se atingir as pessoas físicas dos administradores ou representantes responsáveis.

A verdadeira positivação do instituto ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor (CDC). O art. 28 e parágrafos do CDC elenca uma série de possibilidades para a aplicação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, vejamos:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§1º. (Vetado).

§2º. As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§3º. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§4º. As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Não adentraremos na análise detalhada do referido dispositivo, sob pena de fugir ao tema proposto. Entretanto, há doutrinadores que criticam a amplitude das hipóteses de aplicação do instituto na relação consumerista, por impor penalidades aos sócios pelo insucesso da má administração.

A confusão entre má administração e má fé também ocorreu por parte do legislador na Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94), em seu art. 18:

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da

lei, fato ou ato ilícito ou violação aos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre atividades lesivas ao meio ambiente, também permite a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, mas apenas no caso de impedimento desta na recomposição dos danos ambientais causados:

Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Por fim, percebe-se da legislação mencionada não ter havido ainda uma perfeita incorporação da teoria desenvolvida por Rolf Serick. Ora se confunde responsabilidade dos sócios com desconsideração da personalidade, ora se mistura desconsideração da pessoa jurídica com desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

De fato, o aparecimento de diversos dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro, com as críticas da doutrina e a aplicação (ainda que imperfeita) por parte dos magistrados, contribuiu para o amadurecimento do instituto e sua inclusão no novo Código Civil Brasileiro.⁶

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.1 Conceito e previsão legal

A despeito do que já expomos, não se revela uma tarefa fácil a elaboração de um conceito do instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Isto porque sua aplicação se dá de forma distinta nos sistemas da “família romano-germânica” e do *common law*. Enquanto que no primeiro sistema – por ser fechado – a aplicação do instituto requer a resolução do caso à luz de uma regra jurídica existente; na *common law* (sistema aberto), opera-se a *disregard* baseando a análise do caso concreto e comparando-o com diversos precedentes judiciais.

Não obstante tais considerações, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, em sua tese de doutorado, elaborou o seguinte conceito:⁷

[...] a *Disregard Doctrine* consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo

tempo, penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, delas se utilizando, simulações e fraudes alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

Percebe-se, do conceito da eminente jurista, que a aplicação da desconsideração tem o objetivo de impedir simulações e fraudes praticadas por aqueles que se utilizam das pessoas jurídicas de direito privado, em desrespeito às formas societárias e aos princípios inerentes ao direito civil, notadamente o da autonomia patrimonial.

O Código Civil de 2002 conseguiu, em seu art. 50, incorporar o real sentido e o verdadeiro “espírito” da teoria ora em comento:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Analisando-se o dispositivo supra, a doutrina brasileira divide-se na interpretação da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Há aqueles que defendem ter adotado o Código Civil uma concepção objetivista da teoria (Fábio Konder Comparato, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho); outros apóiam a formulação do texto com base numa linha subjetivista (Carlos Roberto Gonçalves, Marlon Tomazette).

Este último jurista justifica a linha subjetivista adotada pelo Código Civil de 2002:⁸

Ao contrário do que possa parecer, nosso Código não acolhe a concepção objetiva da teoria, pois a confusão patrimonial não é fundamento suficiente para a desconsideração, sendo simplesmente um meio importantíssimo de comprovar o abuso da personalidade jurídica, que ocorre nas hipóteses de abuso de direito e da fraude. Destarte, o necessário para a desconsideração é o abuso da personalidade jurídica, que pode ser provado inclusive pela configuração de uma confusão patrimonial.

Por outro lado, segundo a concepção objetivista, o pressuposto da desconsideração se encontra, precipuamente, na confusão patrimonial. Isto porque

as hipóteses de fraude e de abuso de direito são de caráter subjetivo, sendo de difícil comprovação. Um simples exame da escrituração contábil ou das contas bancárias da sociedade e do sócio permitirá configurar se houve ou não a confusão entre os patrimônios destes.

Na linha doutrinária oposta, Gagliano e Pamplona Filho entendem ter o Código Civil adotado a linha objetivista:⁹

Adotou-se, pois, a linha objetivista de COMPARATO, que prescinde da existência de elementos anímicos ou intencionais (propósito de fraudar a lei ou de cometer um ilícito), sendo desnecessário observar que essa corrente de pensamento atende melhor aos anseios de nossa complexa economia.

Sob o meu ponto de vista, entendo ter o legislador eleito critérios objetivos e subjetivos para a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Reconsiderando sua posição inicial, Fábio Ulhoa Coelho adota um pensamento mais moderado entre as linhas subjetivista e objetivista, consoante se depreende da seguinte lição:¹⁰

Em suma, entendo que a formulação subjetiva da teoria da desconsideração deve ser adotada como o critério para circunscrever a moldura de situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é a mais ajustada à teoria da desconsideração. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na facilitação da prova pelo demandante. Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude.

Concluindo, não basta apenas a configuração do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial (critérios objetivos), mas a esses deve aliar-se a prática de irregularidade por parte do sócio ou administrador, tendente a configurar a fraude ou abuso de direito (critérios subjetivos).

3.2 Hipóteses

Partindo da premissa legal, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será possível, após requerimento da parte ou do Ministério Público,

quando lhe couber intervir, desde que inseridas nas seguintes hipóteses: desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial.

Consiste o desvio de finalidade na persecução, pelo sócio ou administrador, de fins ou objetivos não previstos contratualmente ou vedados por lei. Há desvio de finalidade quando a pessoa jurídica pratica atos ou realiza negócios jurídicos alheios ao seu objetivo institucional, portanto, diversos de sua atividade essencial.

Enquanto que a confusão patrimonial ocorre quando se apagam os limites ou fronteiras entre o patrimônio do sócio ou administrador e o da própria pessoa jurídica. Neste caso, não se sabe mais quais bens pertencem a quem: se ao sócio ou administrador ou se à pessoa jurídica.

Na presença de uma dessas hipóteses, arrebatava Silvio Venosa:¹¹

Portanto, a teoria da desconsideração autoriza o juiz, quando há desvio de finalidade, a não considerar os efeitos da personificação, para que sejam atingidos os bens particulares dos sócios ou até mesmo de outras pessoas jurídicas, mantidos incólumes, pelos fraudadores, justamente para propiciar ou facilitar a fraude. Essa é a única forma eficaz de tolher abusos praticados por pessoa jurídica, por vezes constituída tão-só ou principalmente para o mascaramento de atividades dúbias, abusivas, ilícitas e fraudulentas.

Em suma, estando caracterizados uma dessas hipóteses (desvio de finalidade e confusão patrimonial), será possível a aplicação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, fazendo-se imprescindível a ocorrência de prejuízo (individual ou social), justificador da suspensão temporária da personalidade jurídica da sociedade.

3.3 Efeitos e limites

Os efeitos na aplicação do instituto da desconsideração são meramente patrimoniais e sempre relativos a obrigações determinadas, não fazendo com que a pessoa jurídica entre em liquidação ou se “despersonalize”.

Relevante, assim, é a gradação na aplicação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. O grau de aplicação do instituto dependerá de quão necessário será restabelecer o equilíbrio jurídico. Noutros termos, a medida do ato de desconsideração deverá ser proporcional ao ato abusivo ou fraudulento praticado.

Com efeito, faz-se necessário comprovar o efetivo prejuízo causado – seja pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial – pela atuação abusiva

ou fraudulenta dos sócios e/ou administradores da sociedade que efetivamente houverem concorrido para tal.¹²

Outro importante tópico de discussão do instituto da desconsideração é o seu enfoque no aspecto processual. É possível invocar a aplicação da desconsideração no processo de execução ou será necessário ingressar com novo processo de conhecimento para provar a participação dos sócios e administradores no desvio de finalidade ou confusão patrimonial, praticados com abuso de direito ou fraude?

Carlos Roberto Gonçalves é incisivo neste ponto, afirmando:¹³

É possível reconhecer-se o abuso da personalidade jurídica, e aplicar a *disregard doctrine*, no processo de execução, sem necessidade de processo autônomo, quando não encontrados bens do devedor e estiverem presentes os pressupostos que autorizam a sua invocação, requerendo-se a penhora diretamente em bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa). O redirecionamento da ação exige, contudo, citação do novo executado, se não participou da lide.

Desta feita, se o sócio ou administrador não tiver participado da lide, não poderá, em tese, ser responsabilizado posteriormente na execução da sentença, tendo em vista o disposto no art. 472 do Código de Processo Civil. A arguição incidental da desconsideração, no âmbito do processo de execução, a fim de se atingir o patrimônio do sócio ou administrador, somente será possível se estes estiverem vinculados ao processo de conhecimento que formou o título judicial; no caso de ocorrência posterior dos requisitos, deverão ser assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, vale ressaltar a questão da *desconsideração inversa*. Esta ocorre quando o princípio da autonomia patrimonial é afastado para responsabilizar a pessoa jurídica por obrigação contraída pelo sócio. É o caso típico de um bem adquirido por um cônjuge que, não desejando que o mesmo seja incluído na partilha de sua separação judicial, registra-o em nome de sua empresa.

3.4 Jurisprudência

O entendimento pretoriano brasileiro veio se formulando lentamente em torno da possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Mesmo antes da previsão legal no novo Código Civil, alguns magistrados já defendiam a tese:

Execução – Sociedade anônima – Penhora – Incidência sobre bens particulares de sócio administrador – Hipótese em que a

pessoa da executada confunde-se com a de seu único acionista e administrador – Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – RNP – Diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando no seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos e abusivos”.¹⁴

Desconsideração da pessoa jurídica – Pressupostos – Embargos de devedor. É possível desconsiderar a pessoa jurídica usada para fraudar credores.¹⁵

Tratando-se de firma individual, não se cogita da distinção patrimonial entre a ‘sociedade’ e seu componente, tendo em vista ser o mesmo componente o próprio comerciante.¹⁶

A aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica vem sendo feita pela jurisprudência pátria, porém se preocupando esta em relação aos seus efeitos, pois existem pressupostos específicos, relacionados à fraude ou ao abuso de direitos de terceiros, que devem ser observados. Assim, pode-se perceber que o instituto tem o escopo de proteção dos credores lesados e não o benefício da própria pessoa jurídica. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu dessa maneira, pois qualquer entendimento contrário implica em desvirtuamento da teoria:

PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. LEI 8.009/90. SOCIEDADE COMERCIAL. ENTIDADE FAMILIAR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

1. O conceito de entidade familiar, no direito civil brasileiro, corresponde ao disposto na Constituição da República (art. 226 e parágrafos), não compreende a sociedade comercial, cujos sócios integram uma mesma família. Trata-se aí de uma empresa familiar, mas não da entidade familiar referida no artigo 1º da lei 8.009/90.

2. A desconsideração da personalidade jurídica, não para beneficiar os credores, mas para proteger os sócios, além de implicar alteração nos fundamentos do instituto, somente pode ser examinada em recurso especial se atendidos os requisitos processuais específicos.

3. Recurso não conhecido.¹⁷

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ATINGIR EMPRESA QUE NÃO FOI PARTE NA AÇÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.

Nula, a teor do artigo 472, CPC, a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal. Recurso especial conhecido e provido.¹⁸

A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica obedece ao princípio do devido processo legal, o que inviabiliza sua aplicação em sede de medida liminar:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE POR ATÓ DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM CONTRATOS DE LEASING. SÓCIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE E SEQÜESTRO DE BENS. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

(...)

9. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação.

10. Agravo regimental provido. Recurso especial provido, para cassar os efeitos da indisponibilidade e do seqüestro dos bens do recorrente.¹⁹

Os Tribunais Superiores têm admitido a desconsideração da personalidade jurídica também como meio de evitar possíveis fraudes e não tão-somente como meio de recompor dano já causado. Para tanto, devem estar presentes elementos probatórios suficientes a embasar tal conclusão, respeitado o devido processo legal:

Desconsideração da personalidade jurídica. Admissibilidade. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Existência de sérios indícios de que houve dissolução irregular da sociedade visando ou provocando lesão patrimonial a credores. Possibilidade de que a penhora recaia sobre bens dos sócios. (RT, 785/373)

Empresa executada que se encontra fechada. Circunstância que, por si só, não constitui prova irrefutável do encerramento

irregular ou ilícito de suas atividades, nem violação da lei ou do contrato social com propósito escuso. (RT, 790/296)

Pretendido comprometimento de bens particulares dos sócios por atos praticados pela sociedade. Admissibilidade somente se houver prova de que a empresa tenha sido utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito. (RT, 771/258, 773/263, 784/282, 791/257)

Não confundir a desconsideração da personalidade com a dissolução ou extinção da pessoa jurídica. O *decisum* a seguir trata da cassação da autorização de uma associação civil, na égide do Código Civil de 1916:

Torcida organizada. Associação civil. Desvio de finalidade estatutária. Cassação da autorização. O sistema jurídico autoriza a dissolução, para o bem comum, de associação de torcedores que, perdendo a ideologia primitiva (incentivo a uma equipe esportiva), transformou-se em instituição organizada para difusão do pânico e terror em espetáculos desportivos, uma ilicitude que compromete o esforço do direito em manter o equilíbrio de forças para o exercício da cidadania digna (CF, arts. 1º, III, e 217). Incidência do CC/1916, art. 21, III, para selar o fim do ciclo existencial do Grêmio Gaviões da Fiel Torcida. (RT 786/163) (grifamos)

Para alguns, esse configura o fenômeno da extinção compulsória, pela via judicial, da personalidade jurídica. Por conseguinte, a decisão implica necessariamente no desaparecimento da própria entidade de existência ideal.

4 CONCLUSÕES

Por todo o exposto, percebe-se que a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, a despeito de alguns dispositivos legais semelhantes inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, restou tardiamente positivada no âmbito do Código Civil Brasileiro. A atual dicção do artigo 50 do diploma civil pátrio conseguiu incorporar, a meu ver, os desígnios dos idealizadores da teoria da *disregard doctrine*.

Com efeito, foram concedidos aos magistrados e aplicadores da legislação em geral subsídios mais concretos na utilização do referido instrumento, desde que observados os critérios objetivos (desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial) e subjetivos (abuso de direito e/ou fraude) no intuito de desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica.

Felizmente, já é possível visualizar na jurisprudência pátria os efeitos práticos e positivos de tão valioso instrumento legal no combate aos abusos cometidos por sócios, administradores e dirigentes das pessoas jurídicas de direito privado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
_____. *Curso de direito comercial*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
_____. *Novo código civil comentado*. Coordenação Ricardo Fiuza. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 62-65.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 410, p. 12-24, dez./1969.
_____. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- TEPEDINO, Gustavo et al. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.
- TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 794, p. 76-94, Ano 90, dez./2001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- ¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I, p. 236-237.
- ² FIUZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 144.
- ³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 335.
- ⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 242-243.
- ⁵ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 410, p. 20, dez./1969.
- ⁶ O Conselho da Justiça Federal, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, promove encontros e fóruns de discussão de temas de direito civil. As chamadas “Jornadas de Direito Civil” não têm força vinculativa, obviamente, mas imprimem uma forte diretriz no pensamento jurídico da doutrina pátria. No que tange ao tema sob discussão, foi aprovado o seguinte enunciado a respeito da desconsideração da personalidade jurídica, *verbis*: “Enunciado n.º 51: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – disregard doctrine – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.
- ⁷ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 86.
- ⁸ TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 794, p. 92, Ano 90, dez./2001.
- ⁹ GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 241.
- ¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 44.
- ¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 304.
- ¹² Nesta linha de entendimento, foi aprovado pelo Conselho da Justiça Federal o Enunciado n.º 7: “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.
- ¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 213.
- ¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Câmara Cível. Apelação n. 2010181. Relator: Desembargador Barbosa Pereira. São Paulo, 07 de abril de 1994.
- ¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 86.502/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília-DF, 21 de maio de 1996. Publicado no DJU I, 26.08.96, p. 29693.
- ¹⁶ BRASIL. 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. 10ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 660069-0/3. Relator: Juiz Marcos Martins. São Paulo, 29 de agosto de 2001.
- ¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça 4ª Turma. Recurso Especial n. 35.281. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília-DF, 18 de outubro de 1994. RSTJ 73/261.
- ¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça 4ª Turma. Recurso Especial n. 347.524. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília-DF, 18 de fevereiro de 2003. Publicado no DJU I, 19.05.2003.
- ¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial n. 422.583. Relator: Ministro José Delgado. Brasília-DF, 20 de junho de 2002. Publicado no DJU I, 09.09.2002. Grifou-se.

THE DISREGARDING OF THE CORPORATE ENTITY IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL CODE

ABSTRACT

This paper analyses the theory of the disregarding of the corporate entity, as provided by the article 50 from Brazilian Civil Code, more specifically focusing on its criteria, hypotheses, effects and limits. Additionally, the author intends to present the evolution of this institution in both foreign and Brazilian law.

KEYWORDS: Legal entity. Personality. Disregarding. End deviation. Confusion of assets.

LA DÉCONSIDÉRATION DE LA PERSONNALITÉ DE LA PERSONNE JURIDIQUE DANS LE NOUVEAU CODE CIVIL BRÉSILIEN

RÉSUMÉ

Le présent article traite de la théorie de la déconsidération de la personnalité de la personne morale, actuellement prévue dans l'article 50 du Code civil brésilien, surtout de ses critères, ses hypothèses, ses effets et ses limites. Aussi, il sera question de présenter l'évolution de cette théorie dans le droit étranger et dans l'ordre juridique nationale.

MOTS-CLÉS: Personne Morale. Personnalité. Déconsidération. Détour de finalité. Confusion patrimoniale.

CAPACIDADE DE TESTAR E CAPACIDADE DE ADQUIRIR POR TESTAMENTO

*Sílvia de Salvo Venosa**

1 Capacidade de testar (capacidade testamentária ativa). 1.1 Incapacidade em razão da idade. 1.2 Incapacidade por falta de discernimento ou enfermidade mental. 1.3 Diferença entre Incapacidade de testar e vícios de vontade. 1.4 Surdos-mudos
2 Sobre outras incapacidades. 3 Capacidade de adquirir por testamento (capacidade testamentária passiva). 3.1 Situação do nascituro. 3.2 Atribuição testamentária à prole eventual. 4 Incapacidade relativa ou falta de legitimação para adquirir por testamento. 5 Simulação de contrato oneroso e interposição de pessoas.

RESUMO

O presente artigo trata da capacidade de testar, tanto ativa como passiva. No âmbito da capacidade testamentária ativa, aborda, especificamente, as incapacidades em razão da idade e em razão da falta de discernimento ou por enfermidade mental, os vícios de vontade e a situação dos surdos-mudos. No que tange à capacidade testamentária passiva, discute a situação do nascituro e a possibilidade de atribuição testamentária à prole eventual. Por fim, versa sobre a incapacidade relativa ou falta de legitimação para adquirir por testamento.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade testamentária. Incapacidade.

1 CAPACIDADE DE TESTAR (CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA)

Há uma capacidade especial para testar que não se confunde com a capacidade em geral para os atos da vida civil. Quando a lei regula diferentemente a aptidão para determinados atos, trata-se, na verdade, de legitimação para o ato, em terminologia destacada da teoria do processo.

Se não são todas as pessoas que podem testar, importa, então, examinar quais as pessoas legitimadas a efetuar o ato. Também não há reciprocidade,

* Juiz aposentado do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Advogado em São Paulo/SP.

porque se, regra geral, todas as pessoas físicas ou jurídicas podem receber por testamento, só as pessoas físicas podem testar. As pessoas jurídicas têm outras formas de disposição de seu patrimônio quando de seu desaparecimento.

O agente capaz de testar tem legitimidade ativa para o testamento. Aquele que pode receber por testamento tem legitimidade passiva testamentária. Há certas pessoas, contudo, que não podem usar de certas formas de testamento. A lei lhes dá legitimidade mais restrita. O testador, por exemplo, não sabendo a língua nacional, não pode testar de forma pública, pois, para os instrumentos públicos, é essencial que sejam redigidos em português. O cego só pode testar sob a forma pública (art. 1.867; antigo, art. 1.637). Há também restrições acerca do alcance das disposições testamentárias (não se pode dispor da *legítima*), mas a certas pessoas (mas aqui se trata, na verdade, de falta de legitimação para receber a deixa testamentária). Essas situações heterogêneas, portanto, não têm a ver propriamente com a capacidade testamentária em geral. Para a prática de qualquer ato jurídico, primeiramente verifica-se a existência da capacidade em geral; uma vez existente esta, verificar-se-á se, para o ato em questão, a lei (ou mesmo a vontade da parte, quando isto é possível) não lhe tirou a capacidade. A regra geral é a capacidade. Nosso Código de 2002 regula a incapacidade ativa para o testamento no art. 1.860:

Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

O Projeto n. 6.960/2002 tenta corrigir essa redação, que apresentava ranço do direito anterior, para dizer simplesmente que “além dos absolutamente incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem o devido discernimento”. Com essa dicção, fica claro que os maiores de dezesseis anos podem testar.

O Código anterior dispunha no art. 1.627 que eram incapazes de testar:

- I – os menores de 16 (dezesseis) anos;
- II – os loucos de todo o gênero;
- III – os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo;
- IV – os surdos-mudos que não puderem manifestar a sua vontade.

1.1 Incapacidade em razão da idade

Quanto ao fato de se permitir que maiores de 16 anos se utilizem de testamento em ambos os diplomas, o interesse é, como regra, teórico, pois nessa idade dificilmente alguém pensará em ato de última vontade, mas a possibilidade existe e é isso que importa. As legislações comparadas também trazem idades mínimas

aproximadas ou igual a nossa. Assim, o relativamente capaz tem plena capacidade de testar. Trata-se, pois, de uma capacidade mais ampla do que a capacidade geral. Importa pensar que, para fazer testamento, a lei procura reconhecer no sujeito um certo grau de discernimento. Acertadamente, a lei entende que o maior de 16 anos tem esse discernimento para manifestar a vontade testamentária. Caso não fosse a lei expressa, necessitaria da assistência do pai ou responsável, tal o impossibilitaria de testar, dado o personalismo do ato já aqui estudado. A origem dessa capacidade vem do Direito Romano, quando se adquiria a capacidade em geral com a puberdade, não havendo, em princípio, uma idade predeterminada.

A capacidade para testar é examinada no momento em que o ato é praticado. No dia da feitura do testamento, o menor deve ter completado a idade legal. Não se leva em conta a hora do ato, pois isto traria instabilidade desnecessária. Se houver dúvida acerca da idade, a questão é meramente de prova.

Se o menor podia testar a partir dessa idade, ao completar 18 anos, no sistema anterior, com maior razão não necessitaria da emancipação para fazê-lo. Se o menor não possui discernimento mental para o testamento, sua capacidade não advirá da idade, mas do requisito legal que exige plena higidez mental.

Como o ordenamento estabeleceu regras próprias para a capacidade testamentária ativa, mesmo que o menor atinja plena capacidade civil pelos outros meios que a lei permite (pelo casamento, por exemplo, com suplementação judicial de idade), tal não concede legitimação para o ato de última vontade. Portanto, a capacidade para testar é independente da emancipação.¹

1.2 Incapacidade por falta de discernimento ou enfermidade mental

No momento da elaboração do testamento, o agente deve ter a capacidade de entender o ato e seu alcance. Desse modo, a expressão legal *loucos de todo gênero* não só era obsoleta na psiquiatria como também não se amoldava à verdadeira intenção do legislador. Por essa expressão, restritamente falando, só se pode entender aqueles que tinham interdição judicial. O interdito, é evidente, não pode testar. Não se esqueça, contudo, do que sempre repetimos: que toda afirmação peremptória em direito é arriscada.

No entanto, a saúde mental deficiente no momento da feitura da cártula pode ensejar a anulação do ato. Aqui se trata de aplicar o inciso III do dispositivo anterior: “os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo”. Ou, como dispõe o vigente Código, os que no ato de testar *não tiverem pleno discernimento*. Não havendo sentença de interdição, eventual pedido de anulação por problema mental se insere aqui.

Orlando Gomes critica a orientação da lei:

quanto às condições mentais, melhor fora agrupá-las numa categoria única, usando expressões de recente codificação,

conforme as quais não podem testar os interditos por anomalia psíquica, evitando-se a prática abusiva das anulações de testamento por ter sido o testamento feito quando o testador não estava em seu perfeito juízo.²

Refere-se o autor ao vigente Código português, que diz serem incapazes de testar os interditos por “anomalia psíquica” (art. 2.189, b).

Todavia, os grandes problemas a respeito ocorrem justamente quando não há decreto de interdição. Os interessados pretenderão provar que o testador não tinha higidez psíquica quando da elaboração do testamento. A prova, evidentemente toda indireta, é custosa e difícil.

O atual Código, como vimos, englobou em fórmula única os incisos II e III, dizendo que, “além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem seu pleno discernimento” (art. 1.860).

A questão, porém, não se altera, pouco importando a redação atual da lei. A prova deve dizer se o agente estava no momento crucial na plenitude de suas faculdades mentais.

Não tem capacidade de testar tanto o demente como aquele que testou sob fugaz estado de alienação, como, por exemplo, sob efeito de alucinógeno, capaz de tolher o discernimento, ou em estado etílico que o leve a tal. Não se examina o estado psíquico do testador nem antes nem depois do testamento, mas *no momento do testamento* (art. 1.861; antigo, art. 1.628). A zona fronteiriça é sempre a mais nebulosa e sempre um grande escolho para o julgador, nesses casos. De qualquer modo, afere-se a capacidade do testador quando do ato: a incapacidade superveniente não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade, segundo os termos do art. 1.861.

Estando pendente processo de interdição, o exame da incapacidade, se não se lhe aguardar o resultado do processo, ou o período da interdição não atingir o momento da elaboração do testamento, faz-se no curso do pedido de nulidade. Mesmo que levantada a interdição por sentença, isto não inibe o interessado de provar que, no momento culminante, qual seja, o da elaboração do testamento, faltava discernimento ao testador. Tal não inibe que tivesse o agente uma recaída ou estivesse então atravessando um daqueles períodos de breve ou brevíssima incapacidade, como alcoolismo, sonambulismo, hipnotismo etc. Não há que se admitir capacidade testamentária a quem testa sob transe hipnótico, ou naqueles estados psíquicos que muitas ciências espiritualistas entendem que o sujeito não comanda seus atos. Nessas ações, muito importante, além dos pareceres dos psiquiatras, é todo o conjunto probatório que deve girar em torno do momento e da época em que o testamento foi feito e a situação de vida do testador. Questão das mais tormentosas é saber se, mesmo interdito, pode ele testar num estado de lúcido intervalo, ou quando a sentença de interdição não foi levantada, apesar de sua cura. Não resta dúvida que o interdito é um

incapaz absoluto de testar, mas, como sempre reiteramos, qualquer afirmação peremptória em direito é arriscada. Os casos concretos estão sempre a desafiar a própria ficção. O juiz deve sempre aplicar a lei com o temperamento que sua finalidade permite. A pergunta que se fará no caso é se é razoável privar do direito de testar (no caso, declarar nulo o ato) aquele que no curso de uma interdição recupera as faculdades mentais.³ Ou alguém, por exemplo, em estado de coma que retorna à consciência e realiza o testamento. A questão entrosa-se demais não só com a ciência médica e a ciência jurídica, mas também com valores mais altos da existência humana, que uma obra como esta deve aprofundar.

De qualquer modo, há que se presumir sempre a capacidade. Na dúvida, deve-se resolver pela validade do ato. A regra é de lógica jurídica, mas vem expressa no Código argentino, com detalhes (art. 3.616).

O respeitado civilista argentino Guillermo A. Borda⁴ chama a atenção para o cuidado com a prova nos casos de alienação. Não se esqueça de que, se a avaliação da prova é dirigida ao juiz, é importante que o advogado, sem ferir sua ética, proporcione tais meios. O testamentário tem importante dever no exame do testamento que lhe foi confiado e não se pode omitir no processo. A prova testemunhal, mais do que normalmente, deve sofrer um aprofundado exame crítico. O valor dessa prova é mais qualitativo do que quantitativo. É absolutamente relativa a declaração do oficial público de que o testador se apresentou na plenitude de suas faculdades mentais, mera declaração de estilo cartorário. Avultam de importância os testemunhos dos médicos que trataram do falecido na época do testamento. Como a perícia médica é indireta, seu valor é muito relativo. O perito só se valerá, praticamente, de todas as provas também ao alcance do juiz. Outra situação que deve ser examinada pelo juiz é a cártula testamentária em si. Como foi redigida; se vem em linguagem lógica ou não; o exame da caligrafia do testador, se se tratar de redação de próprio punho. Há técnicas apuradas que informam o estado psíquico de quem escreve. Tão-só o exame da assinatura já permite essa prova.

1.3 Diferença entre incapacidade de testar e vícios de vontade

Não se confundem os casos de incapacidade de testar com os vícios que inquinam a vontade (erro, dolo, coação). Nada impede que se peça a declaração de nulidade por falta de discernimento e, subsidiariamente, a anulação do ato por vício. Assim, o exame dos vícios da vontade deve vir *a posteriori*, após estar assente que caso nenhum de nulidade existiu. Assim também, nem sempre os vícios de vontade anularão todo o testamento, podendo prejudicar apenas disposições em que o vício se manifestou. Aqui, tem validade o brocardo *utile per inutile non vitiatur*. Tudo que se falou a respeito do erro, dolo e coação em nosso *Direito civil: parte geral* aplica-se ao testamento, negócio jurídico que é.

Lembremos que o presente Código fixou em cinco anos o prazo decadencial para impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data de seu registro (art. 1.859). Ao mencionar impugnação, o corrente diploma se refere

tanto aos casos de nulidade como de anulabilidade. Com isso, derroga a regra geral do art. 169, segundo o qual o negócio nulo não é suscetível de confirmação, nem convalidação pelo decurso do tempo. A natureza do testamento e as dificuldades que a regra geral da imprescritibilidade ocasionaria forçou essa tomada de posição pelo legislador. Essa exceção ao princípio geral vem demonstrar que não é conveniente essa regra geral de não-extintibilidade com relação aos negócios nulos. Melhor seria que se abraçasse a corrente doutrinária anterior que entendia que os atos nulos prescrevem no prazo máximo estabelecido no ordenamento. Nesse campo de nulidades, porém, há que se atentar para as hipóteses de inexistência de testamento, quando qualquer prazo extintivo se mostra inaplicável para sua declaração, como ocorre, por exemplo, na hipótese de perfeita ausência de vontade do testador. Como já enfocamos em nossa obra *Direito civil: parte geral*, a ausência de vontade torna o ato inexistente e isto pode ser declarado a qualquer tempo.

O Projeto n. 6.960/2002 sugeriu nova redação no art. 1.859:

Extingue-se em cinco anos o direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, e em quatro anos o de pleitear a anulação do testamento ou a disposição testamentária.

Essa modificação, por um lado, torna claro que o prazo de cinco anos se aplica às hipóteses de nulidade. Por outro lado, o prazo de quatro anos procura harmonizar o texto com o art. 1.909, que dispõe serem anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação. Tal como está no texto promulgado, há que se levar em conta que para esses vícios de vontade o prazo decadencial será sempre de quatro anos, o que causa certa perplexidade.

O erro pode viciar uma única disposição testamentária, ou todo o testamento, conforme o caso. É situação a ser examinada quando da interpretação das cláusulas testamentárias. Todavia, em matéria de testamento o dolo assume uma feição típica que é a *captação de vontade*. Frequentemente, a captação de vontade não se resume a um único ato. Trata-se, geralmente, de uma conduta captatória, de uma manobra engendrada por aqueles que gravitam em torno do testador, muitas vezes moribundo, quando sua vontade, melhor dizendo, seu espírito já está enfraquecido. É indissociável no exame de um testamento duvidoso o exame das condições ambientais que cercaram o ato.

A captação por si não vicia o ato, tanto que Sílvia Rodrigues enfatiza que a captação dita inocente não o invalida.⁵ Se a pessoa que, sem demonstração maior de interesse, cuidou por muito tempo do testador, com amparo moral e material, e só por isso vem a ser retribuída no testamento, não há que se falar em dolo. A distinção é aproximadamente, *mutatis mutandis*, aquela que fizemos de dolo bom e dolo mau (veja nosso *Direito civil: parte geral*, seção 22.4.2).

O testamento deve anular-se quando a captação de vontade do disponente ocorreu com meios e procedimentos reprováveis: mentiras, armadilhas emocionais, calúnias para com terceiros relacionados com a herança, atitude de dominação para com o testador etc. Tudo isso deve ser sopesado na prova. Sem dúvida que se tornam campo propício para a captação dolosa a fraqueza de espírito, a solidão e a idade avançada, a enfermidade, embora nenhum desses aspectos possa e deva ser considerado definitivo. O dolo, nessas circunstâncias, deve anular o testamento, seja para beneficiar o próprio causador, seja para beneficiar terceiros. O que se combate é o dolo em si, e não a captação, que é espécie de dolo. Não se esqueça, outrossim, de que os princípios estudados na Parte Geral aqui se aplicam. Deve o dolo ser a causa do ato. O dolo accidental não invalida o negócio.

Também por coação, como qualquer ato, se anula o testamento. Contudo, como lembra Guillermo Borda, há uma particularidade em matéria de testamento:

como o testamento é essencialmente revogável e a revogação pode surgir de um ato secreto, como é o testamento particular ou cerrado, se faz difícil admitir a violência como causa de nulidade, se não se prova que ela se manteve continuamente até o momento da morte.⁶

O juiz deve examinar se a violência cessou e permitiu que o testador pudesse ter feito outro testamento ou revogado aquele. Os vícios de vontade, cumpre não esquecer, podem ser causa de indignidade ou deserdação (arts. 1.814, III, e 1.961; antigo, arts. 1.595, III, e 1.741).

1.4 Surdos-mudos

Enquanto a Parte Geral do Código de 1916 dava como absolutamente incapazes os surdos-mudos que não pudessem *exprimir* sua vontade (art. 5º, III), a incapacidade para fazer testamento reporta-se àqueles que não puderem *manifestar sua vontade* (art. 1.627, IV).

Para fazer testamento, não basta que o surdo-mudo possa exprimir-se. O testamento requer que ele saiba manifestar uma vontade testamentária idônea. Tão-só a linguagem técnica ensinada aos surdos-mudos não é suficiente para testar, uma vez que, havendo necessidade de alguém que a interprete e traduza, tal iria contra a característica de ato personalíssimo do testamento. Dessa forma, mesmo que educados pelos modernos métodos científicos e considerados aptos para a vida civil, isto é, para aqueles atos em que a audição e a fala não são essenciais (veja nosso *Direito civil: parte geral*, seção 9.3.3), para o testamento é imprescindível que o surdo-mudo saiba escrever, podendo testar sob a forma

cerrada (art. 1.873; antigo, art. 1.642), assinando-o de sua mão e escrevendo na face externa do papel ou do envoltório que aquele é seu testamento. Podem, em princípio, mormente se for apenas surdo, testar pela forma pública, na forma do art. 1.866 do atual Código (antigo, art. 1.636): “O indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas.”

Não podem testar sob a forma particular, porque não poderão ler o instrumento perante as testemunhas (art. 1.876, § 1º; antigo, art. 1.645, III). Se já foi educado suficientemente para que possa falar, podendo fazer a leitura, será apenas surdo, o que não o impedirá de testar dessa última forma. Na verdade, a lei referia-se ao surdo-mudo analfabeto. Com mais propriedade, o Código argentino fala na Parte Geral (art. 153) que são incapazes os surdos-mudos que não se podem fazer entender por escrito. Esse é o real sentido dessa incapacidade testamentária. Como assinala Borda,

o que interessa aos efeitos de convalidar o testamento (como qualquer outro ato jurídico) não é uma atitude rudimentar e quase automática para descrever letras e palavras; é necessário uma escritura que permita exteriorizar o pensamento e a vontade, e que indique, ademais, uma plena compreensão do que se escreve.⁷

Não faltando o sentido da audição, não existe incapacidade de testar, ainda que o agente se exprima mal, ou com dificuldade, mas de forma suficientemente compreensível.

2 SOBRE OUTRAS INCAPACIDADES

Como vimos, a capacidade de testar não coincide sempre com a capacidade em geral. Em alguns casos, são mais amplas, como aquele do maior de 16 anos; em outros casos, são mais restritas, como a questão dos surdos-mudos. Como para o testamento se exige a mais perfeita razão, a lei há de ser exigente nesse ponto, permitindo ao juiz que verifique, em cada caso, a capacidade no momento de testar. Afora, porém, as incapacidades enumeradas, não há outras. A capacidade é sempre a regra, a incapacidade, exceção. A velhice, por si só, não gera incapacidade. Enquanto houver discernimento, há capacidade. O mesmo se diga a respeito do enfermo, ainda que moribundo. Há pessoas longevas e enfermos graves que conservam a perfeita lucidez até a expiração. *A capacidade de testar requer a capacidade de mente, não do corpo.* Da mesma forma, a ira, a cólera, o ódio, ou euforia e alegria não constituem fatores isolados de nulidade. A questão sempre se resumirá no exame do discernimento no momento da feitura do testamento e, em última análise, poderá servir de auxiliar na interpretação da vontade testamentária.

Não existe incapacidade para o suicida. A autodestruição, por si só, não significa deficiência de vontade. Assim também não há incapacidade para o falido, o insolvente e o ausente, por exemplo. A lei permite o testamento ao cego, pela forma pública (art. 1.867; antigo, art. 1.637), assim também ao analfabeto (art. 1.865; antigo, art. 1.633).

Como lembra Carlos Maximiliano, no direito atual não se fulmina mais de nulidade, como no direito anterior à codificação, o ato sob efeito de um violento acesso de ira: “hoje é, sempre, necessário provar que a cólera, qualquer paixão violenta, ou forte acesso de ciúme, perturbava, de modo sério, a mente do *de cuius* no tempo em que dispôs do patrimônio”.⁸

Destarte, não havendo incapacidade expressa, não se amplia a fixação legal. Assim, nem mesmo o pródigo está inibido de dispor por última vontade, embora tenha restrição de disposição patrimonial em vida, salvo se essa prodigalidade lhe afete a mente de modo que se constitua numa enfermidade mental. Aí, porém, a inibição de testar não advém do fato exclusivo de ser pródigo.

O Código não colocou os silvícolas como incapazes de testar, porque tão-só o fato de poderem manifestar vontade testamentária será suficiente prova de estarem plenamente enquadrados em sociedade.⁹

3 CAPACIDADE DE ADQUIRIR POR TESTAMENTO (CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA PASSIVA)

Examinamos, agora, a aptidão para receber pelo testamento. A capacidade passiva é a aptidão de alguém poder ser instituído herdeiro ou legatário pela vontade do testador.

Da mesma forma que há uma legitimação para testar, que restringe ou amplia a capacidade ativa em certas circunstâncias, há situações de incapacidade absoluta para adquirir por testamento. Existem também outras situações, em que certas pessoas, sob determinadas condições, não podem receber em determinado testamento, isto é, não estão legitimadas naquela situação, e só naquela, para serem herdeiros testamentários ou legatários. Há, pois, uma incapacidade absoluta para receber por testamento e uma incapacidade relativa, só com relação a certos testamentos, o que nada mais é do que uma falta de legitimação.

Também aqui, a regra geral é que qualquer pessoa é capaz de receber por testamento, seja física ou jurídica. Só a pessoa tem capacidade no direito e não é diferente no direito testamentário. Coisas e animais não podem receber por testamento, a não ser indiretamente por meio dos cuidados de um herdeiro ou legatário. Vimos na Parte Geral que uma das formas de constituição de uma fundação é por testamento. Destarte, como se vê, mesmo ainda não existente, pode uma pessoa jurídica ser aquinhoadada. A criação de uma fundação vem expressa em nossa lei, no art. 62 (antigo, art. 24) do Código Civil. A forma de administração dessa dotação de bens é regulada pelo direito que

diz respeito às fundações, conforme estudamos em nossa obra *Direito civil: parte geral*, seção 13.12.

Se para a fundação há preceito expresso, discute-se se uma pessoa jurídica ainda não existente pode ser beneficiada. A matéria não é estreme de dúvidas. Se, porém, a lei permite que o nascituro seja sucessor, nada impediria que a pessoa jurídica, em vias de formação, também possa ser beneficiada, pois sua situação se equipara à do nascituro. Tal posição não é unânime, mas Washington de Barros Monteiro aduz que as sociedades e associações não dependem de prévio registro de seus contratos, estatutos ou atos constitutivos.¹⁰ Se, quando da morte, a pessoa jurídica já existe de fato, ou está em vias de formação, não há que se negar capacidade testamentária passiva a essas entidades, pois o paralelismo com o nascituro é evidente. Tanto é assim que nosso CPC confere personalidade processual a essas entidades (art. 12, VII) (ver nosso *Direito civil: parte geral*, Cap. 13). O vigente Código também contempla a sociedade não personificada (arts. 986 a 990).

O que não é possível é a deixa testamentária ser destinada à criação de uma pessoa jurídica ainda não existente nem mesmo embrionariamente, afora o caso expresso da fundação. Se já existe uma pessoa jurídica em formação, existe sujeito de direito para assumir o patrimônio. Da mesma forma que para o nascituro, haverá alguém para zelar por seus bens até seu nascimento com vida.¹¹

A primeira regra absoluta em muitas legislações é que, para adquirir por testamento, a pessoa deve existir ao tempo da morte do testador (art. 1.717 do Código de 1916). No entanto, nossa lei permite que não só o já concebido quando da morte (o nascituro) possa receber pelo testamento, como também prole eventual de pessoas designadas pelo testador e existentes ao abrir-se a sucessão (art. 1.799, I; antigo, art. 1.718).

Há que se levar em conta ainda a nova problemática trazida pela reprodução assistida e o fato de o sucessor nascer muito tempo após a morte do testador. O legislador deverá cuidar dos problemas que no futuro advirão a esse respeito. Veja o que falamos a respeito em nosso *Direito de família*. Ademais, o art. 1.799, já por nós mencionado, permite que os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, sejam chamados a suceder, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Abre-se, portanto, uma nova perspectiva em matéria de sucessão de pessoas ainda não concebidas à época da morte do testador, cujo regramento, com certeza, deverá obedecer a novos princípios no futuro de nossa legislação.

Seres indeterminados e disposições genéricas não podem ser admitidos. Não é válida, por exemplo, a deixa testamentária aos pobres de determinado lugar.

3.1 Situação do nascituro

Embora o Código não confira expressamente personalidade ao nascituro, há várias disposições que o protegem. O art. 1.799 (antigo, art. 1.718) ressalva

a possibilidade de aquele já concebido quando da morte do testador receber por testamento. Como dissemos no estudo da Parte Geral, o nascituro tem um direito protetivo na lei, que resguarda essa situação de potencialidade, que é o nascimento com vida. Trata-se de *direito eventual*. Realmente, esse direito eventual se materializará em direito pleno, no nascimento com vida. A atribuição de herança ao nascituro não deve ser considerada, portanto, como uma disposição condicional, embora a situação seja muito semelhante. Se, porém, o concebido nasce morto, não existiu herdeiro, porque o natimorto não foi pessoa (art. 4º). Pelo princípio da *saisine*, como o nascituro nunca foi herdeiro, a herança passa diretamente do morto para os herdeiros legítimos, ou para quem o testador tenha substituído ao nascituro (caso tivesse previsto a hipótese).¹² Quando o nascituro nasce com vida, seu direito sucessório também se realiza no momento da abertura da sucessão. Se não há nascimento com vida e os herdeiros da ordem legítima recolhem a herança, a situação é a mesma da renúncia da herança, já que o renunciante é considerado como se nunca tivesse sido herdeiro. A ficção da *saisine* opera do mesmo modo aqui. Em ambos os casos, no ínterim, a herança estará sendo administrada por alguém, quer seja o inventariante, quer seja um curador ou administrador provisório.

3.2 Atribuição testamentária à prole eventual

O art. 1.718 do antigo Código reportava que o testador designasse “prole eventual” de pessoas por ele designadas e existentes no momento da morte. No atual Código, a regra encontra-se no art. 1.799, I.

Algumas legislações, como a italiana, têm também essa exceção ao princípio de coexistência quando da morte do autor da herança. Tantos são os problemas que essa possibilidade pode causar que melhor seria extingui-la, mantendo-se o fideicomisso, que atinge a mesma finalidade, com maior segurança. Trata-se também de uma proteção ao nascituro, só que ao ainda não concebido. São pessoas que virão a nascer, geradas por pessoas designadas pelo testador, estas sim existentes quando da morte. A matéria ganha maior importância agora, com as técnicas de reprodução assistida. Na ilustrativa afirmação de Pontes de Miranda,

o que se tem por fito, com o art. 1.718, in fine é permitir um pulo por sobre uma pessoa (que por si não mereça, ou não precise, para lhe beneficiar a descendência, e acrescenta) o exemplo, que logo ocorre, é o do irmão dissipador ou inimigo do testador.¹³

Assim, não quer o testador deixar a herança para o irmão solteiro e sem filhos, vendo-o como um dilapidador ou não digno de confiança. Atribui, então, o quinhão a sua eventual *prole*. Se o irmão, vivo quando da abertura da

sucessão, não vier a ter filhos, a disposição é ineficaz, caduca. Busca-se, então, como dissemos, a ordem legítima, se não foi outra a destinação preferida pelo testador. Como se vê, nesses casos a lei nem mesmo exige a concepção quando da morte. A lei fala em *prole* eventual. Se o testador não esclarecer, todos os filhos da pessoa designada herdaram por igual. Recebem a herança diretamente do *de cuius*, a exemplo dos casos do nascituro e da renúncia de herança. Não há dupla transmissão. O termo *prole* só se refere a filhos; os netos não se incluem na dicção legal, nem haveria razão para tal extensão.¹⁴ O testador, não fazendo referência (e sua vontade deve ser respeitada), não se faz distinção quanto à filiação: recebem os filhos legítimos ou ilegítimos, isto é, na nova sistemática, filhos provenientes ou não de união com casamento. Afirmava-se que os adotivos não se incluíam nessa possibilidade, a menos que houvesse referência expressa do testador.¹⁵ Contudo, entendemos que a evolução da situação sucessória do adotivo não permite mais essa afirmação peremptória. Lembre-se de que houve sucessivas alterações de direito sucessório em favor do filho adotivo. A intenção do legislador foi, sem dúvida, possibilitar a contemplação dos filhos de sangue. A pessoa indicada poderia adotar exclusivamente para conseguir o benefício testamentário. Contudo, já a legitimação adotiva e a adoção plena das leis revogadas não mais permitiam diferença entre a filiação natural e a filiação civil.

Creemos que na atual legislação incumbe ao testador excluir expressamente os filhos adotivos se não desejar incluí-los, por força do art. 41 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive acessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Com a mesma conotação apresenta-se a adoção no atual Código Civil. Desse modo, o filho adotivo, conforme nosso ordenamento, se insere no conceito de prole, aliás atendendo ao que a atual Constituição pretendia. Essa também é a opinião de A. Cicu, ao comentar a lei italiana, que equipara os adotivos aos legítimos.¹⁶ É evidente que as leis não foram criadas para serem fraudadas. A intenção do legislador foi a melhor, ou seja, não permitir qualquer diferença entre as espécies de filiação. Se a adoção, mesmo na nova legislação, ocorre com a finalidade precípua de se inserir alguém na deixa testamentária, incumbe ao juiz impedi-lo.

Essa *prole* eventual mencionada pela lei pode já existir ou não quando da abertura da sucessão. Ela refere-se a filhos havidos antes ou depois do testamento, antes ou depois da morte. Não existindo ainda essa prole, por um período, mais ou menos longo, os bens desse quinhão deverão ficar sob guarda provisória. Há ainda uma *partilha provisória*, que depois poderá transformar-se em definitiva. Há ainda o problema de se saber de quantos filhos se constituirá

essa *prole*. Essa provisoriedade poderá perdurar por tempo indeterminado. Deve o patrimônio cabente à prole eventual ficar sob a guarda de um administrador, que o vigente Código denomina curador, que, se nada o impedir (a vontade testamentária poderá fazê-lo), poderá ser o pai ou mãe da futura prole¹⁷, uma vez que os pais administram, por lei, os bens dos filhos menores, tendo seu usufruto legal. Essa disposição, aliás, consta do art. 1.800, § 1º. Lembre-se de que o Código Civil de 2002 estabeleceu o prazo de dois anos para a concepção do herdeiro esperado, salvo disposição em contrário do testador (art. 1.800, § 4º). O testador, portanto, pode fixar prazo diverso. Conforme o art. 1.800, § 3º, nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador. Como, destarte, é relevante a administração do curador no tocante a esses bens, sujeita-se ele a todas as responsabilidades inerentes à curatela de incapazes (art. 1.800, § 2º). Essa matéria pode, como se nota, trazer incontáveis problemas na prática.

Pontes de Miranda defendia, no sistema anterior, que na falta de disposição testamentária a administração caberia ao testamenteiro, opinião que se harmoniza com a lei.¹⁸ De fato, cabe ao testamenteiro fazer cumprir o testamento. Todavia, melhor será que o juiz verifique no caso concreto qual a melhor solução, pois a posse provisória de bens é de grande interesse para os interessados e requer os maiores cuidados de preservação. Note que não se trata de fideicomisso. O administrador, ou curador, como agora denomina a lei, é nomeado pelo testador ou pelo juiz. Não existe a figura do *fiduciário*, que exerceria, no caso de fideicomisso, o direito de propriedade. Os nascituros e a prole eventual recebem o quinhão com todos os frutos e acréscimos, desde a abertura da sucessão. Dada a grande responsabilidade do administrador, que pode não ser o pai ou a mãe dos menores, sua função deve ser remunerada, se não foram estes. Se for o testamenteiro, tal deve ser levado em conta em sua vintena. Note que, embora o presente Código preveja a nomeação desse curador na pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro (art. 1.800, § 1º), a disposição testamentária ou mesmo a inconveniência apurada pelo juiz no caso concreto poderá fazer com que outros sejam nomeados. A atual lei indica que se obedeça à ordem de nomeação estabelecida no art. 1.775 para a curatela, a qual, como sabemos, não é inflexível. O Projeto n. 6.960 preferiu que seja seguida a ordem estabelecida no art. 1.797, qual seja, a destinada ao administrador da herança.

4 INCAPACIDADE RELATIVA OU FALTA DE LEGITIMAÇÃO PARA ADQUIRIR POR TESTAMENTO

Vimos aqui que a capacidade para adquirir por testamento é geral. Amplia-se até mesmo para quem ainda não nasceu quando da morte do autor da herança.

O art. 1.801 (antigo, art. 1.719) do mais recente Código Civil trata de incapacidades específicas para determinado testamento, melhor dizendo, para determinada situação testamentária. Assim dispõe a lei:

Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II – as testemunhas do testamento;

III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

O Projeto n. 6.960/2002 tenta suprimir o prazo de cinco anos do inciso III, que se mostra inconveniente no exame do caso concreto. Tais pessoas, à exceção do concubino, por estarem muito próximas do ato testamentário, poderiam conduzir, direta ou indiretamente, a vontade do testador. A proibição ao concubino vem imbuída de índole moral.

Nosso Direito permite o testamento a rogo sob a forma cerrada, ou para o testamento marítimo. A incapacidade persiste ainda que não tenha sido o fato declarado na cédula. Evidente que essa pessoa poderia redigir diferentemente do desejado pelo testador. Aqui não se trata do caso de quem redige uma minuta ou rascunho para o testador, que o escreve de próprio punho, ou por meios mecânicos. Nada impede o disponente de valer-se de técnicos, de um advogado, para dispor corretamente de seus bens.

Como bem lembra Orosimbo Nonato, essa incapacidade se estabeleceu para evitar abusos e sugestões de quem escreve o testamento cerrado. Tratando-se de restrição, não há que se estender a incapacidade aos afins do redator da cédula.¹⁹

As testemunhas do testamento também não podem ser beneficiadas, pois devem guardar absoluta distância das disposições testamentárias. Poderiam influenciar a vontade do testador.

O Código anterior tratava da *concubina do testador casado*. O corrente diploma abrandou a regra, devendo ser levado em consideração que o novel legislador denomina concubinato a união impura ou adulterina.

No sistema anterior, deveriam estar presentes dois requisitos: que o testador fosse casado com outra pessoa, quando do ato, e que existisse concubinato entre ele e a herdeira ou legatária. Não se podia ampliar a restrição. O separado judicialmente e o divorciado não estavam inibidos. O separado de fato continua casado.

O Código de 2002 não mais se reporta à concubina, que era uma discriminação contra a mulher. O Código de 1916 não aplicava a restrição ao *concubino da testadora casada*. Portanto, pela dicção legal, nada impedia que o concubino

viesses a ser sucessor testamentário da testadora casada. Tal distinção demonstra o espírito do Código redigido no alvorecer do século XX, talvez por se entender que era muito raro o adultério da mulher.²⁰

No sistema atual, o concubino em geral do testador casado, homem ou mulher, não pode ser nomeado herdeiro ou legatário. O atual Código, no entanto, no sentido de abrandar a norma, introduz situação de fato que deverá trazer muita discussão no caso concreto. A restrição não se aplica se o concubino estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos, sem culpa sua. Vimos que esse prazo de cinco anos apresenta-se como um dificultador da prova. Serão incontáveis as demandas que discutirão o prazo de cinco anos e a ausência de culpa do concubino. O dispositivo é inconveniente porque traz muita incerteza à disposição. O Projeto corrige-o em parte.

A incapacidade deve ser vista na época da feitura do testamento, mas a situação fática do concubinato deve ser apreciada em cada caso. A caracterização do concubinato dependerá do exame dos requisitos estudados no direito de família.

A última restrição se refere ao oficial público, ou assemelhado perante o qual se fizer o testamento, assim como para o agente que fizer ou aprovar o negócio *causa mortis*. A situação visa também coibir abusos e distorções.

A sanção, quando se beneficia qualquer dessas pessoas, não é tornar nulo o testamento, mas apenas *tornar nula a disposição que inclui os impedidos*. É o que deflui do art. 1.802 (antigo, art. 1.720). O testamento vale, mas os incapacitados não recebem.

5 SIMULAÇÃO DE CONTRATO ONEROSO E INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS

O art. 1.802 (antigo, art. 1.720) dispõe que também são nulas as disposições feitas aos não legitimados a suceder ainda quando simulem a forma de um contrato oneroso ou os beneficiem por interposta pessoa. Trata-se de caso de fraude expresso em lei. Vimos em nosso *Direito civil: parte geral*, seção 26.3, que a fraude pode apresentar-se de múltiplas maneiras. Definimos a fraude como todo artifício malicioso que uma pessoa emprega com a intenção de transgredir o Direito ou prejudicar interesses de terceiros. Portanto, a fraude é aquela conduta que ilude a lei ou terceiros por via indireta, sem que haja um ato ostensivo de desrespeito ao direito.

Quando o legislador entende que a disposição legal abre brechas e desprotege em muito eventuais prejudicados, coíbe a fraude expressamente. É o que aqui ocorre.

Quando há simulação de um ato oneroso para aquinhoar as pessoas incapazes, presume-se a fraude. O testador confessa, por exemplo, ser devedor de uma dívida inexistente. A presunção é relativa. Se o ato é real, evidentemente,

não há fraude. Aqui não há dúvida da relatividade da presunção, porque, se não existe simulação, não há fraude. Aplicam-se os princípios da simulação em geral.

Já no tocante à interposição de pessoas, a colocação de um “testa-de-ferro”, a doutrina não tem dúvidas em concluir por uma presunção absoluta quando se trata de pessoa interposta descrita pela lei. Dispõe o parágrafo único do art. 1.802 (antigo, art. 1.720): “Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder”. Se, porém, a pessoa interposta for estranha a essa relação, a situação dependerá de prova, uma vez que a questão se situa no plano da simulação.

A questão da deixa testamentária ao filho da concubina ou do concubino mereceu a edição da Súmula 447 do Supremo Tribunal Federal: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina”. A conclusão sumulada não permitia a conclusão de excluir a nulidade quando se tratava tão-só de filho de concubina, pois nesse caso ficaria claro o intuito de favorecer a progenitora. O vigente Código é expresso a esse respeito, sintetizando o espírito dessa súmula no art. 1.803: “É lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador”. Desse modo, nessa hipótese, a atribuição testamentária a esse herdeiro comum retira a ilicitude do ato e a presunção de interposição de pessoa.

As pessoas consideradas interpostas podem receber normalmente, se o beneficiário já faleceu, uma vez que a interposição se torna assim impossível.²¹

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, v. 2, p.161.

CICU, Antonio. *Sucessioni per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1954.

FASSI, Santiago C. *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires: Depalma, 1970, v. 1, p. 75.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 94.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. 1, p. 395.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6, p. 203.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão civil testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 2, p. 26.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 58, p. 14.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito das sucessões*. 23 ed. São Paulo, Saraiva, 1978, v. 7, p. 108.

WALD, Arnoldo. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 92.

¹ CICU, Antonio. *Sucessioni per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1954, p. 152.

² GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 94.

³ FASSI, Santiago C. *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires: Depalma, 1970, v. 1, p. 75.

⁴ BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, v. 2, p. 161.

⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito das sucessões*. 23 ed. São Paulo, Saraiva, 1978, v. 7, p. 108.

⁶ BORDA, *op. cit.*, p. 175.

⁷ BORDA, *op. cit.*, p. 166.

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. 1, p. 395.

⁹ WALD, Arnoldo. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 92.

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6, p. 203.

¹¹ CICU, *op. cit.*, p. 243.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 58, p. 14.

¹³ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 204. No mesmo sentido: NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão civil testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 2, p. 26. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵ WALD, *op. cit.*, p. 94.

¹⁶ CICU, *op. cit.*, p. 228.

¹⁷ WALD, *op. cit.*, p. 95.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 24.

¹⁹ NONATO, *op. cit.*, p. 51.

²⁰ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 195.

²¹ WALD, *op. cit.*, p. 98.

LEGAL CAPACITY FOR BEING TESTATOR AND TO ACQUIRE BY TESTAMENTARY DISPOSITION

ABSTRACT

This paper tackles the issue of the legal capacity for being testator and for acquiring by testamentary disposition.

Regarding the legal capacity for being testator, it focus specifically on the incapacity due to age, lack of discernment or mental illness, defects in personal will and the situation of deaf-mute persons. As of the legal capacity for acquiring by testamentary disposition, the author discusses the situation of the unborn child and the possibility of making a will in favour of the eventual children to be born. At the end, deals with the partial incapacity or the lack of legitimation to acquire by testamentary disposition.

KEYWORDS: Legal capacity for being testator. Incapacity.

CAPACITÉ DE FAIRE UN DISPOSITION TESTAMENTAIRE ET CAPACITÉ D'ACQUERIR PAR TESTAMENT

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur la capacité concernant un testament, soit active (testateur) soit passive (légataire). Dans le contexte de la capacité testamentaire active, le texte traite spécifiquement des incapacités en raison de: l'âge, l'absence de discernement, maladie mentale, vice de volonté et de la situation des sourds-muets. Pour la capacité testamentaire passive, on discute la situation de l'enfant à naître ainsi que la possibilité d'attribution testamentaire à la progéniture future éventuelle. Finalement, on traite de l'incapacité relative ou l'absence de légitimité pour acquérir par testament.

MOTS-CLÉS: Capacité testamentaire. Incapacité.

O LUGAR DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA PRODUÇÃO DAS NORMAS: ESTUDO DA ATIVIDADE NORMATIVA DO CONSELHO CONSTITUCIONAL E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)*

Arthur Dyevre**

I. A abordagem socio-política da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais na Alemanha e na França; A. O fraco desenvolvimento dos estudos socio-políticos sobre a atividade normativa do Conselho Constitucional; B. O fraco desenvolvimento dos estudos socio-políticos sobre o Tribunal Constitucional Federal; C. Os modelos socio-políticos desenvolvidos; 1. O modelo “attitudinal”; 2. O modelo institucionalista; a) O modelo institucionalista externalista; b) O modelo institucionalista internalista; 3. Os outros modelos; a) O modelo interativo de Stone; b) A teoria da coação jurídica; D. O valor heurístico da abordagem sociológica; II. A abordagem normativista e o seu interesse heurístico; III. A doutrina constitucional tradicional: socio-política ou normativista?; A. A doutrina constitucional: um empreendimento sociológico?; B. A doutrina constitucional: uma abordagem normativista da atividade normativa do Conselho Constitucional e do Tribunal Constitucional Federal?; C. Crítica da doutrina constitucional francesa e o do Staatsrechtslehre; Conclusão.

RESUMO

Analisa-se comparativamente a produção normativa do Conselho Constitucional Francês e do Tribunal Constitucional Federal Alemão, à luz de um olhar crítico acerca das abordagens, socio-política e normativista, feitas ao desempenho destas duas

* Este artigo é procedente de uma intervenção no Colóquio Franco-Alemão organizado em conjunto pelo DHV Speyer e pela Universidade Paris I - Panthéon Sorbonne nos dias 2, 3 e 4 de março de 2006. Agradecemos aos professores Jean-Claude Colliard, Bertrand Mathieu, Karl-Peter Sommermann e Franz Meyer pelos seus preciosos comentários e observações. A tradução foi realizada por Valeschka e Silva Braga, professora do Curso de Direito desta Faculdade, afastada para Doutoramento na França.

** Mestre em Direito Comunitário e em Direito Comparado dos Estados Europeus, pelas Universidades Montesquieu - Bordeaux IV e Paris I - Panthéon Sorbonne, respectivamente; LL.M. Magister Legum (Mainz, Alemanha); Doutorando da Universidade Paris I-Panthéon Sorbonne; Professeur à Paris X – Nanterre (já tendo ensinado Direito Constitucional, Teoria do Direito e Ciência Política). Autor de artigos doutrinários publicados na *European Law Review* e na *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*.

Cortes e do estudo de teorias que possam fundamentar este trabalho de construção jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade normativa. Conselho Constitucional. Tribunal Constitucional Federal.

Tendo em vista a importância do Conselho Constitucional e do Tribunal Constitucional Federal (a seguir chamado “TCF”) nos seus respectivos sistemas, a presente contribuição examina as diferentes perspectivas teóricas a partir das quais é possível estudar a atividade normativa destes dois órgãos jurisdicionais. A partir da distinção entre três tipos de abordagem da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais, esboça-se uma situação geral da investigação sobre estas duas Cortes Constitucionais. Constatam-se um fraco desenvolvimento das investigações socio-políticas e uma dificuldade da doutrina jurídica - igualmente da doutrina constitucional francesa e do *Staatsrechtslehre* alemão - para articular hipóteses explicativas convincentes com objetivos heurísticos claros. Conclui-se por algumas considerações oportunas relativas à orientação a ser tomada na investigação sobre os órgãos jurisdicionais constitucionais.

Os números dão-nos uma primeira idéia da importância destes dois órgãos jurisdicionais no seu sistema político-jurídico respectivo. Relativamente ao TCF, em primeiro lugar: 40.000 páginas de decisões publicadas desde 1951; mais de 150.000 procedimentos desenvolvidos desde esta data; 408 leis e regulamentos federais e 159 leis ou regulamentos que emanam dos *Länder* declarados, total ou parcialmente, não-conformes à Lei Fundamental entre 1951 e 2004; 1799 decisões de justiça invalidada, apenas entre 1991 e 2004.¹

Quanto ao Conselho Constitucional: 122 decisões invalidando medidas legislativas - leis comuns ou leis orgânicas - entre 1973 e 1997 (correspondendo a 209 casos de anulação); quase 30% das medidas legislativas adotadas pelo Parlamento foram submetidas ao Conselho durante o período 1981-1993; e perto da metade das medidas submetidas durante este período foram anuladas, total ou parcialmente, pelo Conselho.²

Mas estes números não são suficientes se se quer ter uma idéia correta da atividade e dos papéis destes órgãos jurisdicionais. O conteúdo das decisões certamente adotadas é igualmente importante. Ora, este revela-se às vezes difícil de reconciliar com uma interpretação plausível dos textos constitucionais.

O TCF desenvolveu uma concepção da proteção dos direitos fundamentais que parece ir para além da sugerida pela leitura da Lei Fundamental. Qualquer ação ou inação individual é protegida pelo Tribunal em nome de um direito fundamental específico, se não em nome da liberdade geral de fazer ou de não fazer o que se quer: galopar a cavalo na floresta³, dar comida aos pombos na via pública⁴... Sobretudo as fórmulas associadas a este desenvolvimento: “a

ordem objetiva de valores dos direitos fundamentais” (« *objektive Wertordnung der Grundrechte*»), o “princípio da proporcionalidade” (« *Verhältnismässigkeitsprinzip* »), “a efetividade dos direitos fundamentais” (« *Grundrechtseffektivierung* ») não aparecem no texto da Lei Fundamental, mas são criações do TCF.⁵

As mesmas observações podem ser feitas, *mutatis mutandis*, em relação ao Conselho Constitucional. Este desempenha hoje um papel de primeiro plano no sistema político-jurídico francês. Um lugar que não corresponde de forma alguma ao que os editores da Constituição de 1958 destinaram-lhe. A política jurisprudencial do Conselho, desde a sua famosa decisão de 1971⁶, pode ser analisada como uma verdadeira revolução jurídica no sentido técnico do termo. A extensão do controle de constitucionalidade ao Preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração dos direitos do homem e o cidadão fez-se fora do procedimento previsto no artigo 89 pelo Poder Constituinte. Mais recentemente, o Conselho afirmou que a “dignidade humana” constituía igualmente uma regra constitucional⁷, sem que se possa, certamente, inferi-lo - em todo caso de acordo com as regras da lógica - dos textos constitucionais.

Se se admitir a importância da atividade normativa destas Cortes, é interessante, e mesmo necessário, estudar esta atividade para compreender os regimes políticos francês e alemão.

Pode-se interessar pela produção normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais de diversas perspectivas teóricas, as quais correspondem a preocupações heurísticas e fundamentos epistemológicos distintos. É possível distinguir em três tipos as teorias da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais:

(1) as teorias prescritivas. Estas teorias propõem-se a formular prescrições relativas à maneira pela qual os juízes devem decidir. Trata-se de determinar os critérios morais de uma decisão jurisdicional justa sem se limitar a descrições e ao que é demonstrável de acordo com as exigências de uma epistemologia empírica.⁸ A perspectiva escolhida é a da Filosofia Política. De tais teorias pode-se extrair, concretamente, um discurso de valorização das políticas jurisprudenciais efetivamente buscadas pelas jurisdições, estas políticas sendo apresentadas como justificadoras em relação às teorias propostas. Mas elas podem também, contrariamente, apoiar um discurso crítico sobre a totalidade ou parte destas políticas jurisprudenciais e ordenar aos juízes reorientações mais ou menos radicais. Para os juristas, estas teorias juntam-se à fixação tradicional a idéia de que a doutrina jurídica, constitucional ou não, deve ser “uma fonte do direito”.⁹

(2) as teorias sociológicas (sinônimo de “socio-políticas”). Trata-se para estas teorias de descrever os comportamentos e as estratégias de decisão dos juízes constitucionais. Elas procuram estabelecer relações de causalidade entre certos fatos ou fenômenos constatados ou prováveis - por exemplo, a origem socio-política dos juízes constitucionais, aquilo que

eles comeram no café-da-manhã, uma certa probabilidade de que os outros órgãos recusem-se a se conformar às decisões das Cortes, ou o grau de tecnicismo jurídico dos debates parlamentares que precedem o voto de uma lei - e certos dados jurídicos - considerados aqui as decisões dos órgãos jurisdicionais constitucionais. Por outras palavras, estas teorias têm por variável dependente a produção normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais e tentam destacar as variáveis independentes suscetíveis de afetar esta produção. Elas formulam teses capazes de serem corroboradas por observações empíricas.

(3) as teorias *normativistas positivistas*. As teorias deste tipo estudam as relações de imputabilidade e de conformidade entre as decisões dos órgãos jurisdicionais e as outras normas do sistema jurídico que os juízes são supostamente compelidos a aplicar e a concretizar. São teorias descritivas - embora o seu objeto de estudo seja normativo - solidárias de uma epistemologia empírica¹⁰ (na medida em que se interessam unicamente pelas normas postas por um ato humano e pertencentes a um sistema de normas hierarquizado, aprovado e globalmente eficaz).

Alguns contestarão evidentemente os postulados ontológico-epistemológicos desta tipologia.¹¹ Contudo, desde que ela seja admitida, qualquer estudo da atividade normativa do Conselho Constitucional ou do Tribunal Constitucional Federal deve necessariamente inscrever-se em uma destas três abordagens.

Pondo de lado as teorias de tipo (1), vamos agora comentar um pouco mais acerca das teorias dos tipos (2) e (3), bem como dos trabalhos que se inscrevem no seu quadro teórico respectivo. Tentaremos, mais especificamente, elucidar os pontos seguintes:

Em primeiro lugar, tratar-se-á de pôr em destaque o que estas teorias permitem compreender da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais - em outros termos, o seu interesse heurístico.

Em seguida, tratar-se-á de apreciar o desenvolvimento das investigações que se inscrevem no âmbito destas teorias e as hipóteses explicativas que elas propõem.

Por último, tratar-se-á de determinar como se situa a doutrina constitucional tradicional, na França e na Alemanha, em relação a estas abordagens teóricas.

Trataremos estes pontos expondo o desenvolvimento das investigações socio-políticas sobre o TCF e sobre o Conselho Constitucional (I), esclarecendo os objetivos heurísticos que subjazem à abordagem normativista (II) e, finalmente, tentando situar a doutrina jurídica tradicional, o *Staatsrechtslehre* e a doutrina constitucional francesa, em relação a estas duas abordagens (III).

I. A ABORDAGEM SOCIO-POLÍTICA DA ATIVIDADE NORMATIVA DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS CONSTITUCIONAIS NA ALEMANHA E NA FRANÇA

Se se começa a olhar do lado dos estudos socio-políticos sobre o Conselho Constitucional e sobre o TCF, constata-se que os trabalhos deste tipo são relativamente raros. Na Europa continental, os juristas têm sempre, e quase exclusivamente, o monopólio do discurso sobre os órgãos jurisdicionais constitucionais e sua atividade normativa. Os cientistas políticos não se interessam, ou se interessam pouco, aos órgãos jurisdicionais. Há lá um nítido contraste com o que prevalece no mundo universitário anglo-saxão, notadamente no americano. Nos Estados Unidos, existe, assim, ao lado da imensa literatura produzida pelos juristas, uma verdadeira indústria de estudos socio-políticos sobre a Corte Suprema e os seus juízes.¹² Além disto, não é surpreendente que, entre os raros estudos socio-políticos consagrados ao Conselho Constitucional ou ao TCF, os melhores sejam obra de cientistas políticos americanos.

A. O FRACO DESENVOLVIMENTO DOS ESTUDOS SOCIO-POLÍTICOS SOBRE A ATIVIDADE NORMATIVA DO CONSELHO CONSTITUCIONAL

Na França, o primeiro trabalho do tipo é a tese de doutorado de Alec Stone (que se tornou posteriormente Alec Stone Sweet) *The Birth of Judicial Politics in France*.¹³ Além de um estudo da maneira como os outros atores institucionais, notadamente o governo e os deputados reagem e antecipam as decisões do órgão da “rue de Montpensier”^{NT}, Stone propõe, numa perspectiva neo-institucionalista, conceitualizar o Conselho, não como um órgão jurisdicional, mas como uma terceira câmara do Parlamento: um órgão composto de membros que têm uma verdadeira agenda política e dos quais as estratégias de decisão dependem, além disso, das respectivas posições ideológicas da maioria detentora do poder e da oposição.

Mais recentemente, Alec Stone Sweet desenvolveu e formalizou um modelo interativo de desenvolvimento do Direito Constitucional Jurisprudencial e judicialização do sistema político¹⁴ que aplica ao Conselho Constitucional, sobre o qual se retornará rapidamente *infra*.

Na esteira de Stone, outros estudos socio-políticos sobre o Conselho Constitucional apareceram. Pode-se citar o de Jacques Meunier¹⁵ e o de Bastien François¹⁶, este último retomando, em parte, as análises e modelos propostos por Stone. Michel Troper e Véronique Champeil-Desplats¹⁷ propuseram igualmente um modelo de análise da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais destinado a ser aplicável ao Conselho Constitucional. Mas nenhuma investigação de grande envergadura foi ainda efetuada no âmbito da sua “teoria da coação jurídica”.

B. O FRACO DESENVOLVIMENTO DOS ESTUDOS SOCIO-POLÍTICOS SOBRE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Na Alemanha, o pioneiro dos estudos socio-políticos sobre o Tribunal de *Karlsruhe* é igualmente de origem americana. Donald Kommers foi um dos primeiros a interessar-se ao TCF e à sua atividade normativa sob um ângulo ligeiramente diferente daquele do *Staatsrechtslehre* e mais próximo da Ciência Política.¹⁸ Outros estudos se seguiram. Podem-se citar os trabalhos de Christine Landfried¹⁹ e Klaus Stüwe.²⁰ Este último propõe uma análise muito interessante da atividade do TCF no âmbito do controle abstrato [de constitucionalidade], quando ele é desencadeado pela oposição. Recentemente, outro autor americano, Georg Vanberg, desenvolveu um modelo relativamente complexo - formalizado matematicamente e repousando sobre certas hipóteses da teoria dos jogos - das relações entre legislador e Tribunal Constitucional que ele aplica a uma parte do contencioso constitucional alemão.²¹

C. OS MODELOS SOCIO-POLÍTICOS DESENVOLVIDOS

Examine-se algumas das hipóteses explicativas da atividade normativa dos juízes constitucionais desenvolvidos nestes trabalhos. Note-se que os trabalhos recentes são marcados por postulados de análise estratégica²², característica neo-institucionalista²³ e da teoria das escolhas racionais - as correntes dominantes na Ciência Política anglo-saxã.²⁴

1. O modelo “attitudinal”

Um primeiro modelo explicativo é o modelo “attitudinal”. Ele consiste a explicar as decisões dos órgãos jurisdicionais a partir das “atitudes”, ou seja, das preferências dos juízes que os compõem. Os juristas e, sobretudo, os juízes detestam este tipo de abordagem, porque apresenta a decisão jurisdicional como produto de considerações subjetivas.²⁵ De fato, eles não apreciam a idéia segundo a qual os magistrados possam ser “partidários”, “políticos”, “arbitrários”. Precise-se, no entanto, que, para os defensores deste modelo, as preferências dos juízes constitucionais não se confundem necessariamente com as dos titulares dos órgãos o que nomearam. Em outras palavras, as preferências políticas dos juízes não excluem necessariamente as posições dos partidos políticos existentes. Não é necessário confundir “preferências” com “solidariedades políticas”.

Enquanto este modelo é retomado por um grande número de trabalhos sobre a política decisional da Corte Suprema Americana²⁶, este modelo não é utilizado nas investigações relativas às Cortes Constitucionais européias. A razão é provavelmente bastante simples. As condições que justificam, do ponto de vista neo-institucionalista, o recurso a este modelo no contexto americano são ausentes no contexto europeu.

Primeiramente, enquanto os juízes da Corte Suprema são nomeados em caráter vitalício, os juízes constitucionais europeus são nomeados por um

período mais limitado - 9 anos para os juízes constitucionais franceses, 12 anos para os juízes constitucionais alemães.

Em segundo lugar, em virtude mesmo da duração limitada das suas funções, os que ocupam a função de juiz constitucional, na França ou na Alemanha, são suscetíveis de prosseguir uma carreira e de aspirar a novas funções após o seu mandato na Corte ou no Conselho. No sentido contrário, os juízes da Corte Suprema Americana sabem que terminarão a sua carreira (acrescida, talvez, a de bisavô) na toga de juiz.²⁷

Em terceiro lugar, os juízes constitucionais europeus não têm, ao contrário dos juízes da Corte Suprema, competência arbitrária sobre os casos que examinam. Assim, eles não podem decidir examinar unicamente os casos que os interessam.²⁸

Estes fatores limitam, indubitavelmente, o jogo das preferências pessoais no contexto europeu geral e, em especial, no franco-alemão. Ademais, a utilização do modelo *attitudinal* confronta-se com um obstáculo prático conhecido: o do acesso aos dados relevantes. As deliberações do Conselho Constitucional e do TCF²⁹ são secretas. As opiniões dissidentes podem certamente ser publicadas na Alemanha.³⁰ Mas isto é, em contrapartida, proibido na França. O que impede a deturpação, por observações empíricas, de hipóteses relativas ao peso das supostas preferências individuais dos juízes constitucionais nas suas escolhas decisivas.³¹ Isto explica porque os estudos sociológicos sobre o TCF e sobre o Conselho Constitucional inspiram-se mais no modelo institucionalista, internalista ou externalista.

2. O modelo institucionalista

Mesmo se se reconheça que as preferências dos juízes são suscetíveis de desempenhar um papel no cálculo da decisão³², os partidários das teorias institucionalistas acentuam sobretudo as estruturas institucionais e o ambiente político dos órgãos jurisdicionais constitucionais. Pode-se, a partir daí, distinguir duas alternativas do modelo institucionalista: o modelo institucionalista externalista e o modelo institucionalista internalista.

a) O modelo institucionalista externalista.

O modelo institucionalista externalista acentua diferentes parâmetros:

- as posições ideológicas dos outros órgãos, em especial do legislador e do governo,
- a possibilidade e a dificuldade destes órgãos em inverter as decisões dos juízes constitucionais, e/ou
- a opinião pública e a sua atitude no que diz respeito ao órgão jurisdicional constitucional.

De acordo com este modelo, os juízes constitucionais antecipam as reações dos outros órgãos - e, de acordo com os modelos escolhidos, da opinião pública - às suas decisões tendo em conta, se for caso, a dificuldade destes órgãos em invalidar as suas decisões modificadoras da Constituição. Fazendo assim, procuram assegurar-se de que as suas decisões serão aplicadas e que não ferirão, no futuro, a legitimidade da instituição. Este objetivo explica, ao mesmo tempo, que os juízes afastam certas escolhas - mesmo se elas são mais próximas das suas preferências brutas. Os juízes não reterão as decisões suscetíveis de provocar uma contra-reação tal que os outros órgãos recusar-se-iam a respeitar ou que poderiam mesmo gerar uma revisão constitucional.

Muito utilizado nas investigações sobre a Corte Suprema³³, este modelo está incluído igualmente nos trabalhos sobre os órgãos jurisdicionais constitucionais europeus. Os trabalhos de Stone e de Vanberg são, a título exemplificativo, bastante próximos deste modelo.³⁴

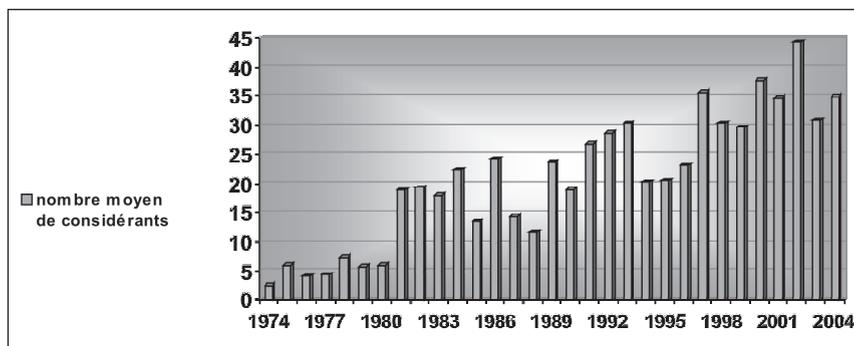
Eis como Stone modela a coação à qual os juízes constitucionais submetem as suas escolhas decisionais:



Figura 1: o cálculo decisório do juiz constitucional de acordo com Alec Stone Sweet.³⁵

O ponto A.1 representa a solução preferida de uma das partes no litígio constitucional – por exemplo, o governo e a sua maioria parlamentar. O ponto B.1 representa a solução preferida da outra parte – no exemplo dado, a oposição. O espaço entre A.1 e A.2 representa as soluções jurisdicionais às quais, de acordo com os juízes constitucionais, o governo e a sua maioria não recusarão a conformar-se. O espaço entre B.2 e A.2 representa o conjunto das soluções que porão termo ao litígio entre ambas as partes e assegurarão o respeito da decisão. O cálculo de decisão dos juízes constitucionais é, de acordo com Stone, essencialmente, um cálculo de legitimidade. Trata-se, para eles, de manter a legitimidade e a imagem de neutralidade do tribunal junto à maioria e à oposição. Ora, escolhendo uma decisão no espaço B.2-A.2, eles oferecem as melhores possibilidades de atingir estes objetivos. O crescimento das decisões de anulação parcial ou as reservas de interpretação refletem, segundo Stone, uma estratégia, por parte dos juízes constitucionais, para evitar algo: eles evitam, assim, designar um vencedor e um perdedor no contencioso constitucional. As estatísticas indicam, de resto, que o número de reservas de interpretação, nas decisões do Conselho, tende a aumentar quando o antagonismo entre a maioria e a oposição é mais forte, exatamente após uma alternância [no poder].³⁶ O que corroboraria a ideia segundo a qual o Conselho utiliza esta técnica para manter a sua imagem de neutralidade.

Stone acrescenta que em certos casos - *hard cases* – não haverá espaço entre B.2 e A.2.³⁷ Nesta hipótese, a argumentação será o único instrumento à disposição dos juízes para preservar a sua imagem de neutralidade e, assim, a sua legitimidade. As estatísticas relativas ao Conselho Constitucional sugerem a existência de uma relação entre a argumentação dos juízes constitucionais e o grau de polarização ideológica dos outros atores acerca da questão examinada. O número médio de considerandos nas motivações das decisões do Conselho tem assim tendência a aumentar após uma alternância, quando o Conselho pronuncia-se acerca de medida legislativas particularmente controvertidas³⁸:



Quadro 1: Número médio de considerandos por decisão constitucional no período de 1974 a 2004.

b) O modelo institucionalista internalista

O modelo institucionalista internalista acentua a estrutura interna dos órgãos jurisdicionais e o processo de deliberação que precede a adoção de uma decisão. De acordo com este modelo, os juízes procuram assegurar-se de que a decisão finalmente adotada será tão próxima quanto possível das suas preferências políticas, determinando as suas escolhas a partir das posições e ações dos seus colegas. Para distinguir este modelo do modelo *attitudinal*, os juízes estão preparados para defender escolhas que não correspondem exatamente às suas preferências, pesando assim sua decisão. Em resumo, o processo de deliberação é uma negociação que obedece, ela mesma, às estratégias individuais dos juízes.

Desenvolvido nos Estados Unidos³⁹, este modelo é retomado por Jacques Meunier que o explora para perceber as estratégias de decisão do Conselho Constitucional.⁴⁰

3. Os outros modelos

a) O modelo interativo de Stone

Alec Stone apresenta um esquema interativo que modela as interações entre um legislador (maioria parlamentar e oposição) e um Tribunal Constitucio-

nal. Este esquema, aqui reproduzido na figura abaixo, visa sobretudo explicar o desenvolvimento cumulativo das normas jurisprudenciais, que alguns chamam o “Direito Constitucional Jurisprudencial”, e a importância crescente do Tribunal Constitucional no sistema político, a médio ou longo prazo.

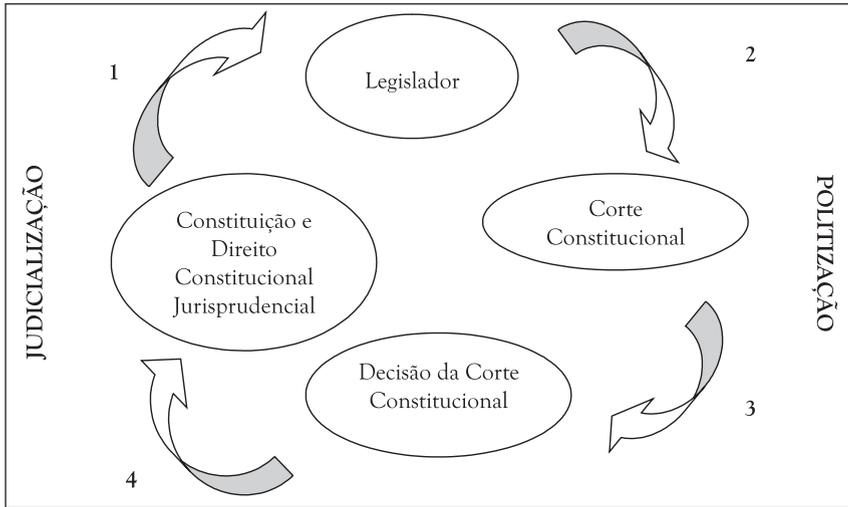


Figura 1: O Esquema interativo de Alec Stone Sweet⁴¹

O modelo decompõe, em quatro etapas sucessivas, o processo pelo qual os deputados “politizam” a Corte e a Corte “judicializa” o Parlamento:

Etapa 1: O governo e a sua maioria parlamentar especificam e concretizam as normas constitucionais e as normas elaboradas pelo órgão jurisdicional constitucional antecipando a reação dos juízes constitucionais.

Etapa 2: A oposição parlamentar aciona o Tribunal Constitucional, dado que é suscetível de tirar vantagem da anulação, total ou parcial, da legislação adotada e levando em conta que o custo político da ação constitucional é para ela, a curto prazo, praticamente nula.

Etapa 3: Os juízes constitucionais operam seu cálculo de decisão tendo em vista a resolução do conflito entre a maioria e a oposição, mantendo sua imagem de neutralidade, essencial à legitimidade do juiz. Os juízes podem tentar preservar sua imagem de neutralidade pela argumentação ou pela falta de designação de um vencedor. De acordo com Stone, as decisões que tocam às questões mais controversas, a partir das quais enfrentam-se as posições ideológicas mais antagônicas, serão também as que comportarão as motivações mais abafadas e que recorrerão às técnicas das “reservas de interpretação” ou à invalidação parcial.

Etapa 4: Ao mesmo tempo que resolve o caso concreto que lhe é apresentado, a Corte acrescenta as suas motivações ao conjunto do *corpus* que compreende as normas constitucionais em sentido estrito e o “Direito Constitucional Jurisprudencial”.

Etapa 1 A: A extensão deste *corpus* abre, ao mesmo tempo, à oposição novas perspectivas de contestação das medidas adotadas pela maioria. À cada volta, se os atores continuam a comportar-se da mesma maneira, o processo de judicialização se intensificará. Simultaneamente, a justiça constitucional será cada vez mais politizada.

b) A teoria da coação jurídica.

A teoria da coação jurídica procura destacar a coação decorrente, para os atores, notadamente os juízes, “da configuração do sistema jurídico em um dado momento”.⁴² Esta teoria repousa sobre o postulado segundo o qual os atores, na qualidade de *homo juridicus*, têm por principal objetivo defender (i) a sua esfera de competência, (ii) a aplicação das suas decisões, (iii) a sua existência institucional e (iv) manter ou otimizar o seu poder.⁴³ O que quer que digam seus defensores, esta teoria não é uma teoria de “terceira via”, que não provém nem da Ciência Política nem da doutrina jurídica clássica. Ela não é propriamente jurídica. Na verdade, ela se aproxima largamente das teorias institucionalistas externalistas, sendo, por conseguinte, a exemplo destas teorias, da competência da Ciência Política.

D. O VALOR HEURÍSTICO DA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA

Os juristas apreendem facilmente o interesse heurístico de tais estudos, mesmo se eles podem rejeitar algumas das hipóteses explicativas sobre as quais são fundadas. Estas teorias são suscetíveis de desembocar sobre previsões da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais e, para juristas que consideram que a doutrina deve ajudar os práticos, a abordagem socio-política parece, por conseguinte, imediatamente interessante. Ajudar os conselheiros jurídicos a prever as decisões dos órgãos jurisdicionais e, lá, permitir-lhes melhor aconselhar os seus clientes sobre as vantagens de ajuizar ações ou sobre o que poderia ocorrer se eles se encontrassem em litígio, parece, para a maior parte dos juristas, um objetivo heurístico interessante. O ponto de vista do advogado militante, mais exatamente do conselheiro jurídico, seria, assim, explicitamente o adotado pela *sociological jurisprudence*, pela corrente realista americana, cujos trabalhos juntam-se - evidentemente mais no nível da abordagem geral do que a nível das hipóteses explicativas - aos estudos sociológicos aqui evocados. No fio direto do programa de investigação exposto por Oliver Wendell Holmes em *The Path of the Law*, os realistas tentaram explicar o direito da perspectiva do *bad guy*, daquele que quer evitar encontrar-se no meio de um litígio ou de ser nele vencido. Desta perspectiva, somente importa a forma pela qual os juízes

decidirão de fato: « The prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious, are what I mean by the law». ⁴⁴

II. A ABORDAGEM NORMATIVISTA E O SEU INTERESSE HEURÍSTICO

As teorias socio-políticas não nos permitem, no entanto, saber tudo o que queremos saber sobre os órgãos jurisdicionais constitucionais e a sua atividade. Elas não nos dizem o que quer que seja de preciso acerca das relações entre o conteúdo normativo das decisões dos juízes e o quadro normativo no qual são adotadas ou, pelo menos, supostamente adotadas. Não nos informam, por conseguinte, sobre as implicações da atividade dos órgãos jurisdicionais constitucionais no constitucionalismo, na Democracia e no Estado de Direito.

A Democracia, como exigência pela qual aqueles mesmos aos quais se dirigem as normas jurídicas devam participar da sua elaboração; o Estado de Direito, da forma como exige que a produção das normas jurídicas (incluindo pelos juízes constitucionais) faça-se no âmbito jurídico em vigor e não de maneira totalmente imprevisível; e, por último, o *constitucionalismo moderno*, que supõe a supremacia da Constituição Formal, ou seja, que a modificação do Direito Constitucional formal tome sempre a via procedimental prevista por este: todos são princípios constitutivos das democracias constitucionais francesas e alemãs. São princípios supostamente traduzidos, ao mesmo tempo, na estrutura do sistema jurídico, mas também, e sobretudo, no processo dinâmico de produção das normas. O respeito destes princípios supõe que os órgãos, incluindo o órgão jurisdicional responsável pelo controle de constitucionalidade, conformam-se a tais princípios quando eles produzem normas.

Ora, só uma análise normativista é suscetível de demonstrar a medida na qual a atividade normativa do Conselho Constitucional e o TCF afeta estas exigências. ⁴⁵

Esta abordagem é, com efeito, pouco ou mal representada nos estudos sobre os dois órgãos jurisdicionais constitucionais.

III. A DOCTRINA CONSTITUCIONAL TRADICIONAL: SOCIO-POLÍTICA OU NORMATIVISTA?

A pergunta que se pode agora fazer é: “Que faz a doutrina tradicional e o quê ela nos ensina?” Questiona-se em qual perspectiva ela se situa: prescritiva, socio-política ou normativista.

A doutrina constitucional francesa e o *Staatsrechtslehre* alemão, hoje, aproximam-se bastante a nível dos métodos e da orientação. Nota-se uma forte orientação prescritiva do discurso doutrinário nos dois países. Mas uma característica ainda mais impressionante da literatura doutrinária franco-alemã é a importância quantitativa dada às decisões dos juízes constitucionais, em

especial às motivações ligadas a estas decisões. A ponto de o ensino de Direito Constitucional dispensado nas universidades e os comentários doutrinários terminarem por se assemelhar aos cursos e comentários de *Common Law*, onde os precedentes teriam substituído os textos legislativos e constitucionais.

Agora qual é, além das preocupações prescritivas, o objetivo heurístico perseguido pela Ciência do Direito Constitucional? Que procura ela conhecer e explicar? E como?

A. A DOCTRINA CONSTITUCIONAL: UM EMPREENDIMENTO SOCIOLÓGICO?

Pode-se tentar interpretar a importância das motivações jurisdicionais no discurso doutrinário numa perspectiva socio-política. Deste ponto de vista, as motivações do juiz constitucional indicariam, ao mesmo tempo, as causas de suas decisões. Nestas condições, as motivações passadas permitiriam prever as decisões futuras. Um caso de tipo X corresponderia sempre o dispositivo Y. Seria neste aspecto que a doutrina constitucional estudaria e sistematizaria as motivações jurisdicionais.

Como hipótese explicativa de uma diligência socio-política, isto não é completamente absurdo. Ademais, o esquema explicativo de Stone pressupõe que as motivações das decisões dos juízes constitucionais possam servir de indicador relativamente fiável aos outros atores sobre a maneira como os juízes decidirão no futuro.⁴⁶ Mas não é esta uma explicação demasiado ingênua? Será que não se está confundindo *justificação* e *raciocínio decisório*? Do ponto de vista lógico, não há congruência necessária entre *motivação* e *raciocínio decisório* nem relação necessária entre *motivação* e *dispositivo*. Se se aceita a tese, bastante plausível, segundo a qual os motivos têm por função de legitimar a decisão mais do que de explicar o conjunto das considerações levado em conta pelos juízes para adotar as suas escolhas, a doutrina constitucional tradicional não parece constituir um programa sério de investigação socio-política. Explicar as estratégias de decisão dos juízes a partir das suas justificações é suscetível de funcionar em certos casos, mas não em outros - notadamente quando se tratar de uma questão controversa e que os outros atores defendam soluções divergentes, que repousam sobre concepções ideológicas antagônicas.⁴⁷

B. A DOCTRINA CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM NORMATIVISTA DA ATIVIDADE NORMATIVA DO CONSELHO CONSTITUCIONAL E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL?

Esta conclusão sobre a doutrina constitucional tradicional, encarada como empreendimento socio-político, poderia representar uma maior adequação em concebê-la como um empreendimento normativista.

Com efeito, a maioria dos constitucionalistas dos dois lados do Reno concorda, sem dúvida, em caracterizar a Ciência do Direito como uma ciência

de normas. Mas será que isto os conduz, da mesma forma, a conceber sua disciplina numa perspectiva normativista? Olhando de perto, parece, efetivamente, que os constitucionalistas franceses e alemães não se desinteressam totalmente pela pergunta acerca das relações entre as decisões dos juízes e as normas constitucionais aplicáveis. No entanto, as análises propostas parecem, de um ponto de vista normativista, *vagas* ou reveladoras de concepções científicas relativamente *estranhas*.

Vagas porque a doutrina satisfaz-se, freqüentemente, em sublinhar a relação entre as normas expressas pelos textos constitucionais e as decisões mais problemáticas dos juízes de maneira metafórica⁴⁸, falando de interpretação “audaciosa”, “corajosa”⁴⁹ ou “larga”.

Estranhas, porque a doutrina parece, às vezes, postular que os juízes têm um acesso privilegiado ao significado dos textos constitucionais. Os juízes revelariam os aspectos ainda obscuros ou confirmariam as “teorias” inflamadas pela doutrina. Os juízes constitucionais seriam, em certa medida, numa situação epistêmica privilegiada que lhes permitiria ter acesso ao verdadeiro significado do texto constitucional. Foi assim que Louis Favoreu e Loïc Philip se posicionaram a respeito da decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971: que esta decisão “dirimiu” o debate doutrinário sobre o valor constitucional do Preâmbulo.⁵⁰ Da mesma maneira, os contornos das disposições constitucionais são definidos e redefinidos pela doutrina de acordo com as decisões do juiz constitucional.⁵¹

C. CRÍTICA DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL FRANCESA E O DO STAATSRECHTSLEHRE

Estas observações oferecem uma ocasião oportuna de mencionar as críticas dirigidas por Bernhard Schlink, seguido por alguns jovens constitucionalistas alemães, ao *Staatsrechtslehre*. Estes autores acusam o *Staatsrechtslehre* de falta de distância crítica no que diz respeito ao TCF. Segundo Schlink, o *Staatsrechtslehre* ter-se-ia fechado no impasse intelectual que ele chama de *Verfassungsgerichtspositivismus* – o positivismo jurisdicional.

A ciência do Direito Constitucional... desenvolve-se na esteira traçada pelo TCF, cujas decisões constituem, ao mesmo tempo, a matéria, o ponto de partida e o ponto de chegada da doutrina. Esta trabalha as decisões do Tribunal até delas fazer um todo coerente e harmonioso, ela infere das decisões passadas as decisões futuras e verifica que tal ou tal solução de uma espécie real ou imaginária é compatível com a jurisprudência do Tribunal. Freqüentemente, a Ciência do Direito Constitucional pensa e trabalha posteriormente ao que decide o TCF no lugar de se pôr na sua vanguarda; os elementos centrais da doutrina constitucional - da delimitação dos poderes de delegação do legislador à dogmática do artigo 14 da Lei Fundamental – são, sobretudo, obra do Tribunal, desenvolvida em seguida pela doutrina. Com respeito às outras questões

centrais da dogmática constitucional - da determinação da permissão formulada pelo artigo 2, al. 1, LF à teoria dos limites aos direitos fundamentais, que não comportam reserva legislativa, o Tribunal pôs termo, pelas suas decisões, à discussão aberta pela doutrina. Nenhuma crítica das decisões do Tribunal é certamente excluída, mas ela inscreve-se de boa vontade no horizonte da jurisprudência: defendendo, por exemplo, uma jurisprudência estabelecida contra uma nova decisão ou, pelo contrário, defendendo uma nova decisão contra a jurisprudência estabelecida.⁵²

Reconstituindo a evolução da Ciência do Direito Constitucional alemã desde o Século XIX, Schlink acrescenta a propósito da doutrina tal que se constituiu desde o advento do TCF:

Karlsruhe locuta, causou finita - a expressão, que tem-se tornado familiar, resume a condição nova por uma imagem, na qual o TCF exprime-se *ex cathedra* e os representantes de uma doutrina deteriorada esperam sobre os seus degraus. É a imagem do *Bundesverfassungsgerichtspositivismus*.⁵³

Estas críticas juntam-se a de Ulrich Haltern⁵⁴ e Matthias Jestaedt.⁵⁵ Elas valem também, *mutatis mutandis*, para a doutrina constitucional francesa. Esta, com efeito, tem comprovado uma fraca distância crítica quando invoca as motivações dos juízes constitucionais para afastar a tese segundo a qual o Conselho Constitucional é uma Terceira Câmara e um *policy-maker* assim como a Assembleia Nacional e o Senado.⁵⁶ Em outros termos, a atitude da doutrina leva a fazer dos juízes constitucionais os mestres da Ciência do Direito Constitucional!

CONCLUSÃO

Se queremos melhor compreender o funcionamento da justiça constitucional na França e na Alemanha, estas críticas deveriam conduzir-nos a reorientar e a aprofundar a investigação num sentido mais socio-político ou mais normativista. Em qualquer caso, dever-se-ia demonstrar mais distância crítica em relação aos juízes constitucionais e a sua atividade normativa.

Se a investigação adota uma perspectiva normativista, deverá privar-se de tomar o Tribunal Constitucional estudado como o oráculo Delphes⁵⁷ e desenvolver os instrumentos logico-semânticos necessários a uma análise precisa e rigorosa das relações entre, de um lado, as normas adotadas pelos juízes e, do outro, as normas constitucionais que estes juízes supostamente aplicadores e concretizadores.

Além disso, permanece a abordagem socio-política com vastos campos a esclarecer. Comparados com a Corte Suprema dos Estados Unidos, as Cortes

Constitucionais Européias ainda são pouco conhecidas dos cientistas políticos. Nesta direção, a investigação tem ainda muito a nos ensinar. Ela nos ensinará, aliás, tão mais quanto poderá, além disso, apoiar-se sobre uma boa investigação normativista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGER, Raoul. *Government by Judiciary*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977.

CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Paris: Economica, 2001.

DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy : The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, vol. 6 (1957), p. 279-295.

EPSTEIN, Lee.; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998.

_____.; KNIGHT, Jack. Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead. *Political Research Quarterly*, vol. 53 (2000), p. 625-661.

ESKRIDGE, William. Reneging on History? Playing the Court/Congress/President/Civil Rights Game. *California Law Review*, vol. 79 (1991), p. 613-674.

FAVOREU, Louis *et alli*, *Droit constitutionnel*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2005.

_____. e PHILIP, Loïc. *Grands décisions du Conseil constitutionnel*. 12. ed. Paris : Dalloz, 2003.

_____. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. In: MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel. *La République en droit français*. Paris: Economica, 1996, p. 231-240.

_____. *Le Figaro*, 19 de janeiro de 1987.

_____. 1977, année charnière: le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux. *RDP* 1978, p. 841.

FRANCOIS, Bastien. *Le régime politique de la 5^e République*. Paris: La Découverte, 1999.

HALTERN, Ulrich. Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis. Grundrechtsprechung und Verfassungstheorie im Kontext. *Der Staat* (2001), p. 243-256.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, vol.10 (1896), p. 461.

HÖNNIGE, Christoph. Das Spannungsdreieck von Verfassungsgericht, Regierung und Opposition. Beitrag für die Tagung *Rechtsforschung als disziplinübergreifende Herausforderung* am 2-3 Juni 2003 im Halle.

JESTAEDT, Matthias. Verfassungsgerichtspositivismus – Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionstaat. In: DEPENHEUER, Otto; HEINTZEN, Markus; JESTAEDT, Matthias; AXER, Peter (Dir.). *Nomos und Ethos – Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 186.

JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004.

KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962.

KOMMERS, Donald P. *Judicial Politics in West Germany: a study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills: Sage Publications, 1976.

LANDFRIED, Christine. *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1984.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. *The Collegial Game: Crafting Law on the Supreme Court*. New York: Cambridge University Press, 2000.

MARCH, James G. et OLSEN, Joan P. The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life. *American Political Science Review*, vol. 78 (1988), p. 734-749.

MEUNIER, Jacques. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel – Essai d'analyse stratégique*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 1994.

MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press, 1964.

RIKER, William H. Political Science and Rational Choice. In: ALT, James E.; SHEPSLE, Kenneth A. (Eds.). *Perspectives on Positive Political Economy*. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 163-181.

SCHLINK, Bernhard. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat* (1989), p. 162-163.

SCHUBERT, Glendon. *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*. Evanston: Northwestern University Press, 1965.

SHAPIRO, Martin. *Law and Politics in the Supreme Court*. New York: Free Press, 1964.

SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____ ; SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

STARCK, Christian. Art. 2 Abs. 1. In: MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich e Starck, Christian. *GG – Bonner Grundgesetz*, (vol. 1). Munich : Franz Vahlen, 1999, p. 193-194.

STONE SWEET, Alec. Judicialization and the Construction of Governance. Disponible sur <http://repositories.cdlib.org/iir/ccop/wps-1999-04>.

_____. Path Dependence, Precedent and Judicial Power. In: TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique ; GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 155-167.

_____. *The Birth of Judicial Politics in France*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

_____. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien ; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.) *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999.

_____. *The Birth of Judicial Politics in France*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

STÜWE, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht als verlängerter Arm der Opposition? *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 37-38 (2001), p. 34-44.

TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Proposition pour une théorie des contraintes juridiques. In : TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique et GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 11-23.

VANBERG, Georg. Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining and Policy Compromise. *Journal of Theoretical Politics*, vol. 10 (1998), p. 299-326.

VANBERG, Georg. Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review. *American Journal of Political Science*, vol. 45 (2001), p. 346-361.

VANBERG, Georg. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

¹ Fonte: *Jahresstatistik 2004*. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?aufgaben>.

² Fonte: *Recueil de jurisprudence constitutionnelle*. Paris: Litec 1998; STONE SWEET, Alec. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien ; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.) *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999, p. 126.

³ BVerfGE 80, 137.

⁴ BVerfGE 54, 143.

⁵ JESTAEDT, Matthias. Verfassungsgerichtspositivismus – Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionstaat. In: DEPENHEUER, Otto; HEINTZEN, Markus; JESTAEDT, Matthias; AXER, Peter (Dir.). *Nomos und Ethos – Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 186.

⁶ Decisão 71-44 DC, de 16 de julho de 1971, dita « liberdade de associação».

⁷ Decisão 343-344 DC, de 27 de julho de 1994, dita « bioética».

⁸ Assim, mesmo que sejamos cognitivistas ou não cognitivistas em disciplina moral.

⁹ Sobre este ponto, v. JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004, p. 217-245.

¹⁰ A sua natureza “positiva” distingue estas teorias das teorias prescritivas. Uma teoria normativista que não fosse positivista, seria simplesmente uma teoria prescritiva. As teorias “jusunaturalistas” do direito são, em certa medida, teorias normativistas não positivistas, ou seja, teorias prescritivas.

¹¹ Contestar-se-á notadamente, por diferentes razões, a distinção entre teorias de tipo (1) e teorias de tipo (3). Os partidários do ceticismo normativo (*rule-scepticism*) contestarão assim o caráter científico de uma teoria de tipo (3). Segundo eles, uma teoria de tipo (3) é, com efeito, idêntica à uma teoria de tipo (1). Em outros termos, qualquer estudo normativista da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais seria, na verdade, assimilável a um estudo prescritivo desta atividade. Em sentido oposto, os jusnaturalistas não contestarão o caráter científico das teorias de tipo (3), mas contestarão a possibilidade de descrever o que são as normas jurídicas e as suas relações entre elas sem prescrever, ao mesmo tempo, o que estas deveriam ser. Em outras palavras, contestarão, como os partidários do ceticismo normativo, a validade de uma distinção entre teorias de tipo (1) e de tipo (3), mas por razões opostas às apresentadas pelos céticos. Para a corrente cética, a assimilação do positivismo normativista à filosofia moral-política e à exclusão de qualquer ciência das normas jurídicas do campo científico são justificadas pela tese segundo a qual seria impossível fundar tal disciplina sobre uma epistemologia empirista enquanto, para os jusnaturalistas, pelo contrário, é a incapacidade de uma epistemologia empirista em apresentar a natureza do Direito que justifica a rejeição desta epistemologia e que faz a distinção entre teorias de tipo (1) e teorias de tipo (3). Na Alemanha, o anti-positivismo de inspiração jusnaturalista beneficia tradicionalmente de um forte embaraço. Autores como Rudolf Smend (cujo “*Integrationslehre*” exerceu uma forte influência sobre os constitucionalistas alemães após Segunda Guerra Mundial e sobre a sua maneira de conceber a sua disciplina), Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch, Hermann Heller ou Carl Schmitt criticaram severamente e rejeitaram explicitamente os postulados positivo-analíticos de Gerber, Laband, Jellinek e Kelsen. A nível teórico, a corrente anti-positivista continua a ser, hoje ainda, dominante nas faculdades de Direito alemãs. Na França, em contrapartida, é sobretudo o ceticismo normativo que tem a primazia desde há algumas décadas, defendido com brio pela Escola Neo-realista de Michel Troper.

¹² Os pioneiros nestas pesquisas foram: DAHL, Robert. *Decision-Making in a Democracy : The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law*, vol. 6 (1957), p. 279-295; MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press, 1964; SCHUBERT, Glendon. *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*. Evanston: Northwestern University Press, 1965; e SHAPIRO, Martin. *Law and Politics in the Supreme Court*. New York: Free Press, 1964.

¹³ STONE SWEET, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

¹⁴ STONE SWEET, Alec. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.). *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999, p. 117-140.

¹⁵ MEUNIER, Jacques. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel – Essai d’analyse stratégique*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 1994.

¹⁶ FRANCOIS, Bastien. *Le régime politique de la 5^e République*. Paris: La Découverte, 1999, p. 99-110.

¹⁷ TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Proposition pour une théorie des contraintes juridiques. In : TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique et GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 11-23.

¹⁸ KOMMERS, Donald P. *Judicial Politics in West Germany: a study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills: Sage Publications, 1976.

¹⁹ LANDFRIED, Christine. *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1984.

²⁰ STÜWE, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht als verlängerter Arm der Opposition? *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 37-38 (2001), p. 34-44.

²¹ VANBERG, Georg. Legislative-Judicial Relations : A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review. *American Journal of Political Science*, vol. 45 (2001) p. 346-361 et *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. (O modelo desenvolvido nestes livro e artigo descansa, notadamente, sobre a hipótese segundo a qual a opinião pública e a transparência das relações entre o Tribunal Constitucional e o legislador afetam as estratégias de decisão destes dois órgãos). Do mesmo autor, v. igualmente: Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining and Policy Compromise. *Journal of Theoretical Politics*, vol. 10 (1998), p. 299-326.

²² EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead. *Political Research Quarterly*, vol. 53 (2000), p. 625-661.

²³ MARCH, James G. et OLSEN, Joan P. The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life. *American Political Science Review*, vol. 78 (1988), p. 734-749.

²⁴ Pode-se resumir a teoria das escolhas racionais a duas propostas:

1. Os atores são capazes de ordenar hierarquicamente os seus objetivos, os seus valores, os seus gostos e as suas estratégias alternativos de tal maneira que a relação de preferência à indiferença entre estas alternativas seja transitiva;

2. Os atores escolhem entre estas alternativas de maneira a maximizar a sua satisfação.

Cf. RIKER, William H. Political Science and Rational Choice. In: ALT, James E.; SHEPSON, Kenneth A. (Eds.). *Perspectives on Positive Political Economy*. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 163-181 (sobretudo p.172).

²⁵ Cf. MEUNIER, *op. cit.*, p. 60-61.

²⁶ Cf. os mestres do gênero: SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

²⁷ SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 18-19: “Empirical evidence amply demonstrates that ambition can alter sincere behavior [...]. Alternatively, the absence of higher ambition ‘means that personal policy preferences are more freely expressed’”.

²⁸ *Idem.*, p.19.

²⁹ §30 (1), primeira frase, *BVerfGG* (Lei sobre a Corte Constitucional Federal).

³⁰ Estas são relativamente raras : somente 123 decisões sobre um total de 1855 (ou seja, 6,63 %) relativas às decisões publicadas entre 1971 e 2004 (*BVerfGE* 30 à *BVerfGE* 110).

³¹ Cf. STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p.105; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Paris: Economica, 2001, p. 20.

³² STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p.107: « A comparativist has good reason to believe that a Socialist politician appointed to the Council does not cease to be a Socialist upon moving across the river to the Palais Royal ». Stone discute igualmente a decisão do Conselho Constitucional de 23 de janeiro de 1987 (86-225 DC), que anulou a emenda [ao projeto de lei] “Séguin” que constituía o artigo 39 da lei, trazendo diversas medidas de ordem social, submetida ao Conselho (p. 90-91 e p.136). Esta decisão interveio no contexto da coabitação^{NT} e da confrontação entre o Presidente da República, o socialista François Mitterrand, e o governo de direita de Jacques Chirac. François Mitterrand, recusando-se a assinar o projeto de *ordonnance*^{NT} - o qual previa a modificação do regime das horas suplementares, a legalização do trabalho noturno das mulheres e o aumento da quota de horas suplementares para os empregos sazonais - que lhe tinha sido apresentado em 10 de dezembro 1987, o governo não tinha outra escolha que passar pela via legislativa comum. Dado que a sessão parlamentar chegava, então, o seu fim e que o governo tinha excluído a reunião do Parlamento em sessão extraordinária, o único meio para fazer adotar a reforma do Código do Trabalho, em prazos relativamente curtos, era uni-lo, por emenda, a um projeto de lei em vias de adoção pelas Câmaras. A emenda “Séguin” (Philippe Séguin, então ministro, tinha sido encarregado

de fazer o Parlamento acolher a reforma) finalmente foi adotada sob uma chuva de protestos da oposição socialista. Os deputados socialistas acionaram imediatamente o Conselho Constitucional, o qual anulou a emenda “Séguin” sob o argumento de que ela não apresentava uma relação necessária com o projeto de lei ao qual era unido. A decisão do Conselho foi seguida das críticas mais severas dirigidas ao órgão. Na época, foi largamente difundido, e ulteriormente confirmado, que a decisão constitucional tinha sido tomada por um empate de 4 votos contra 4, os quatro conselheiros nomeados pelos socialistas tendo decidido pela invalidação da emenda e os 4 conselheiros nomeados pela direita tendo votado contra. Foi preponderante a voz do então presidente do Conselho, Robert Badinter, fazendo inclinar a balança no sentido da invalidação. O nono conselheiro, Louis Joxe, doente, tinha declinado todos os convites da maioria parlamentar a voltar ao Palácio Real [sede do Conselho Constitucional] para acrescentar a sua voz decisiva (cf. *Liberación* [Jornal] de 26 de janeiro de 1987). Comparando a atividade normativa do Conselho Constitucional com a do TCF, Stone menciona, ainda (p. 242), a primeira decisão do TCF sobre o aborto (*BVerfGE* 39, 1). O primeiro Senado (o TCF é composto de dois Senados, compreendendo cada um 8 juízes) invalidou o projeto da coalisão SPD-FDP para aceder ao poder por uma maioria de 6 contra 2, ou seja, os 6 juízes CDU/CSU contra os 2 juízes SPD (Rüpp von Brünneck et Simon).

^{NT} Diz-se que há «coabitação» no sistema político francês quando figuram, na cúpula do Poder Executivo - que é gerido por duas cabeças : o Presidente da República e o Primeiro-Ministro -, pessoas com linhas ideológicas diferentes o que, por conseqüência, torna fácil a instalação de uma crise de governância.

^{NT} A Constituição Francesa prevê, em seu art. 38, a possibilidade de autorização, através de um mecanismo denominado *habilitação*, conferida ao governo de expedir ordens jurídicas por meio de *ordonnances* ou ordenações:

“Art. 38. O Governo pode, para a execução de seu programa, solicitar ao Parlamento a autorização de tomar, pela expedição de ordenações, durante um prazo limitado, medidas que são normalmente do domínio da lei.

As ordenações são adotadas pelo Conselho de Ministros, após parecer do Conselho de Estado. Elas entram em vigor desde a sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não for proposto perante o Parlamento antes da data fixadas pela lei de habilitação.

Após a expiração do prazo mencionado na primeira alínea do presente artigo, as ordenações somente podem ser modificadas pela lei, nas matérias que são do domínio legislativo.»

³³ ESKRIDGE, William. *Reneging on History? Playing the Court/Congress/President/Civil Rights Game*. *California Law Review*, vol. 79 (1991), p. 613-674; CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

³⁴ V. igualmente HÖNNIGE, Christoph. *Das Spannungsdreieck von Verfassungsgericht, Regierung und Opposition*. Beitrag für die *Tagung Rechtsforschung als disziplinübergreifende Herausforderung* am 2-3 Juni 2003 im Halle.

³⁵ STONE SWEET, Alec. *Judicialization and the Construction of Governance*. Disponível sur <http://repositories.cdlib.org/iir/ccop/wps-1999-04>, p. 9.

³⁶ Cf. STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 135.

³⁷ STONE SWEET, Alec. *Judicialization and the Construction of Governance*, *op. cit.*, p. 9.

³⁸ A decisão 93-325 DC, dos 12-13 de agosto de 1993, “Controle da imigração”, ilustra, sem dúvida, esta relação entre o número de considerandos e o caráter controverso da decisão. É, ao mesmo tempo, a decisão mais longa do Conselho até agora (134 considerandos) e uma das mais controvertidas no momento de sua adoção. Ela conduzirá, além disto, o governo Edouard Balladur e a sua importante maioria parlamentar a modificar a Constituição pela lei de revisão constitucional n. 93-1256, de 25 de novembro de 1993 (introduzindo o artigo 53-1 no texto da Constituição de 1958). NT. O artigo 53-1 introduziu a possibilidade de a República Francesa firmar acordo e/ou convenções internacionais com os Estados da *Europa* em matéria de asilo e de proteção aos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

³⁹ v. MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*, *op. cit.*; para trabalhos mais recentes sobre a produção normativa da Corte Suprema que recorrem a esta linha, cf. EPSTEIN, Lee.; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998; e MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. *The Collegial Game: Crafting Law on the Supreme Court*. New York: Cambridge University Press, 2000.

⁴⁰ V. a primeira parte da obra de: MEUNIER, Jacques. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel – Essai d'analyse stratégique*, *op. cit.*, p. 51-195.

⁴¹ STONE SWEET, Alec. La politique constitutionnelle, *op. cit.*, p. 119.

⁴² TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *op. cit.*, p.15.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, vol.10 (1896), p. 461.

⁴⁵ Kelsen justifica o valor heurístico da abordagem normativista a um nível mais abstrato, comparando a utilidade da dogmática jurídica da perspectiva do normativismo da Teoria Pura do Direito à da dogmática dos textos religiosos, cf. KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962, p. 114: “A possibilidade e a necessidade de tal disciplina acerca do Direito como significado normativo já são demonstradas pelo único fato da existência multiseccular da Ciência do Direito, da ‘jurisprudência dogmática’, que responde, e que responderá, enquanto existir o Direito, às necessidades intelectuais dos que se ocupam do Direito. Não existe qualquer motivo para não se dar satisfação a estas necessidades perfeitamente legítimas, e se renunciar a tal Ciência do Direito, substituí-la por uma Sociologia Jurídica, porque esta se une a um problema outro que aquele ao qual ele se prende. Assim como, enquanto existirem religiões, deverá necessariamente existir uma Teologia Dogmática, que não possa ser substituída por uma Psicologia da Religião, nem por uma Sociologia da Religião, do mesmo modo - enquanto existir um Direito - haverá uma Teoria do Direito Normativa.”

⁴⁶ Cf. STONE SWEET, Alec. Path Dependence, Precedent and Judicial Power. In: TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique ; GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 155-167.

⁴⁷ A decisão 86-225 DC, supracitada, é uma boa ilustração do caráter ingênuo desta hipótese explicativa. Exatamente antes da decisão, Louis Favoreu (*Le Figaro* [Jornal], 19 de janeiro de 1987) tinha predito que o Conselho se recusaria a invalidar a emenda Séguin, porque as motivações das decisões precedentes mostravam que o Conselho era reticente em controlar o funcionamento interno do Parlamento sobre este ponto. Em 22 de dezembro de 1986 (decisão n. 86-220 DC), o Conselho tinha julgado conforme com a Constituição a emenda que suprimia a terceira via de acesso ao ENA [Escola Superior de Administração, da qual saem os servidores públicos de alto escalão, inclusive membros do Conselho de Estado]. Ele tinha rejeitado o argumento segundo o qual a emenda não apresentava nenhuma relação com as outras disposições da lei submetida, cujo objeto principal era aumentar a idade para a aposentadoria dos membros do Conselho de Estado, do Tribunal de Contas e da Inspecção Geral das Finanças. A oposição socialista tinha, uma semana depois (decisão n. 86-221 DC, de 29 de dezembro de 1986), renovado o argumento contra certas disposições da Lei de Finanças para o ano de 1987; argumento que o Conselho rejeitou mais uma vez. No entanto, e embora estas duas últimas decisões tenham sido rendidas após o voto da emenda Séguin na noite do 19 ao 20 de dezembro de 1986 (os conselheiros constitucionais tinham, por conseguinte, sem dúvida, conhecimento desta emenda no momento de tomar as suas decisões), o Conselho censurou famosa a emenda - que contradiz sem rodeios as previsões de Louis Favoreu. Como sublinha STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 138: “The affair of the Séguin amendment [...] gives lie, by yielding an unpredictable decision, to the claim that politicians need only understand constitutional law to behave constitutionally. The impulse of public law specialists to synthesize doctrine and to champion coherence does not always provide a convincing solution to the legislator’s dilemma; and the result reinforces criticisms that Council decisions, however “coherent” in hindsight, can not adequately and consistently be predicted by lawmakers».

⁴⁸ FAVOREU, Louis et al., *Droit constitutionnel*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 795. A propósito da “dignidade humana” nas motivações da decisão “bioética” supracitada: “A decisão do Conselho Constitucional não cria, por conseguinte, este direito: ela o faz emergir - de maneira muito satisfatória - do texto que a continha”.

⁴⁹ Cf. FAVOREU, Louis et PHILIP, Loïc. *Grands décisions du Conseil constitutionnel*. 12. ed. Paris : Dalloz, 2003, p. 863. Nos comentários à decisão “Bioética” [citada anteriormente], ainda com referência ao princípio da dignidade humana: “... o qual o Comitê Consultivo para a Revisão Constitucional tinha desejado ver consagrado, por emenda à Constituição, é considerado como já fazendo parte da Constituição pelo Conselho Constitucional, e isto de maneira dificilmente contestável, ainda que ela possa parecer um tanto corajosa”.

⁵⁰ *Idem.*, p. 246.

⁵¹ Na doutrina alemã v., por exemplo, sobre o artigo 2 alínea 1 LF : STARCK, Christian. Art. 2 Abs. 1. In: MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich e Starck, Christian. *GG – Bonner Grundgesetz*, (vol. 1). Munich : Franz Vahlen, 1999, p. 193-194. Na doutrina francesa, característico - uma vez mais - Louis

Favoreu deus, antes de 1988, uma definição dos “Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República” (PFRLR) do Preâmbulo da Constituição de 1946 por meio de considerações linguísticas (FAVOREU, Louis. 1977, année charnière: le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux. *RDP* 1978, p. 841) enquanto, após a decisão de 20 de julho de 1988, na qual o Conselho Constitucional indicou as condições para que à uma norma pudesse ser reconhecida a qualidade de PFRLR, reformulou a definição apresentada baseado nos motivos desta decisão (Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. In: MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel. *La République en droit français*. Paris: Economica, 1996, p. 231-240).

⁵² SCHLINK, Bernhard. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat* (1989), p. 162-163.

⁵³ *Ibidem*, p. 168.

⁵⁴ HALTERN, Ulrich. Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis. Grundrechtsrechtsprechung und Verfassungstheorie im Kontext. *Der Staat* (2001), p. 243-256.

⁵⁵ Tomando emprestado uma metáfora de Josef Isensee, Matthias Jestaedt descreve a evolução da *Staatsrechtslehre* como a transformação de uma disciplina « porta-chamas » (*Fackelträger*) [NT simbolizando a transmissão da “chama” da tradição] em uma disciplina « porta-rastro » (*Schleppenträger*) [NT simbolismo de abandono de posições tradicionais] (subentendido: “porta-rastro do TCF), JESTAEDT, Matthias, *op. cit.*, p. 189, nota 19.

⁵⁶ Sobre este ponto v. as observações de STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 106 e p. 212-215.

⁵⁷ Esta é a maneira de conceber a atividade da Corte Suprema que Felix Frankfurter (o qual seria logo nomeado juiz constitucional) condenava numa carta ao presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt : « People have been taught to believe when the Supreme Court speaks it is not they who speak but the Constitution, whereas, of course, in so many vital cases, it is they who speak and not the Constitution. And I verily believe that it is what the country needs most to understand » (In: FREEDMAN, M. (ed.). *Roosevelt and Frankfurter : Their Correspondance, 1928-1945*. Boston: Little Brown, 1967, p. 383, citado por: BERGER, Raoul. *Government by Judiciary*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977, p. 281 nota 143).

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN RULEMAKING: AN ASSESSMENT OF THE ACTIVITY OF THE CONSTITUTIONAL COUNCIL AND OF THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)

ABSTRACT

The author comparatively assesses the rulemaking activity of the French Constitutional Council and of the German Federal Constitutional Court, from a critical point of view regarding the sociopolitical and normativist outlooks often related to the performances of these Courts and the study of theories able to support this effort of building a case law.

KEYWORDS: Rulemaking activity. Constitutional Council. Federal Constitutional Court.

**LA PLACE DES COURS CONSTITUTIONNELLES
DANS LA PRODUCTION DES NORMES :
L'ÉTUDE DE L'ACTIVITÉ NORMATIVE DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DE LA COUR
CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE (BUNDES
VERFASSUNGSGERICHT)**

RÉSUMÉ

Il s'agit de comparer la production normative du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel fédéral, à la lumière d'un regard critique sur les approches, sociopolitique et normativiste, à l'activité de ces deux cours ainsi que d'une étude des théories qui peuvent fonder ce travail de construction jurisprudentielle.

MOTS-CLÉS: Activité normative. Conseil constitutionnel. Tribunal constitutionnel fédéral.

LA PLACE DES COURS CONSTITUTIONNELLES DANS LA PRODUCTION DES NORMES: L'ÉTUDE DE L'ACTIVITÉ NORMATIVE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)*

Arthur Dyevre**

I. L'approche sociopolitique de l'activité normative des juridictions constitutionnelles en Allemagne et en France; A. Le faible développement des études sociopolitiques sur l'activité normative du Conseil constitutionnel; B. Le faible développement des études sociopolitiques sur la Cour constitutionnelle fédérale; C. Les modèles sociopolitiques développés; 1. Le modèle «attitudinal»; 2. Le modèle institutionnaliste; a) Le modèle institutionnaliste externaliste; b) Le modèle institutionnaliste internaliste; 3. Les autres modèles; a) Le modèle itératif de Stone; b) La théorie des contraintes juridiques; D. La valeur heuristique de l'approche sociologique; II. L'approche normativiste et son intérêt heuristique; III. La doctrine constitutionnelle traditionnelle: sociopolitique ou normativiste? A. La doctrine constitutionnelle: une entreprise sociologique? B. La doctrine constitutionnelle: une approche normativiste de l'activité normative du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle fédérale? C. Critique de la doctrine constitutionnelle française et de la Staatsrechtslehre; Conclusion.

RÉSUMÉ

Il s'agit de comparer la production normative du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel fédéral, à la lumière d'un regard critique sur les approches, sociopolitique

* Cet article est issu d'une intervention au colloque franco-allemand co-organisé par la DHV Speyer et l'Université Paris I Panthéon Sorbonne les 2, 3 et 4 mars 2006 ; nous remercions les professeurs Jean-Claude Colliard, Bertrand Mathieu, Karl-Peter Sommermann et Franz Meyer pour leurs précieuses remarques et observations.

** Master en droit communautaire (Université Montesquieu, Bordeaux IV), Master en droit comparé des États européens (Paris I, Panthéon Sorbonne), LL.M. Magister Legum (Mainz, Allemagne), Doctorant à Paris I -Panthéon-Sorbonne, ATER à l'université de Paris X Nanterre (où il a enseigné le droit constitutionnel, la théorie du droit et la science politique), ayant déjà publié à la *European Law Review* et à la *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*.

et normativiste, à l'activité de ces deux cours ainsi que d'une étude des théories qui peuvent fonder ce travail de construction jurisprudentielle.

MOTS-CLÉS: Activité normative. Conseil constitutionnel. Tribunal constitutionnel fédéral.

Prenant acte de l'importance du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle fédérale (ci-après « CCF ») dans leurs systèmes respectifs, la présente contribution examine les différentes perspectives théoriques à partir desquelles il est possible d'étudier l'activité normative de ces deux juridictions. A partir de la distinction entre trois types d'approche de l'activité normative des juridictions constitutionnelles, elle esquisse un état des lieux de la recherche sur ces deux cours constitutionnelles. Elle constate un faible développement des recherches sociopolitiques et une difficulté de la doctrine juridique – aussi bien de la doctrine constitutionnelle française que de la *Staatsrechtslehre* allemande – à articuler des hypothèses explicatives convaincantes avec des objectifs heuristiques clairs. Elle conclut par quelques considérations d'opportunité concernant l'orientation de la recherche sur les juridictions constitutionnelles.

Les chiffres nous donnent une première idée de l'importance de ces deux juridictions dans leur système politico-juridique respectif. Pour la CCF tout d'abord: 40 000 pages de décisions publiées depuis 1951; plus de 150 000 procédures engagées depuis cette date; 408 lois et règlements fédéraux et 159 lois ou règlements émanant des *Länder* déclarés, totalement ou partiellement, non-conformes à la Loi fondamentale entre 1951 et 2004; 1799 décisions de justice invalidées rien qu'entre 1991 et 2004.¹

Pour le Conseil constitutionnel: 122 décisions invalidant des mesures législatives – lois ordinaires ou lois organiques – entre 1973 et 1997 (correspondant à 209 cas d'annulation); près de 30% des mesures législatives adoptées par le Parlement ont été déférées au Conseil pendant la période 1981-1993 ; et près de la moitié des mesures déférées pendant cette période ont été annulées, en tout ou partie, par le Conseil.²

Mais ces chiffres ne suffisent pas si l'on veut se faire une idée correcte de l'activité et du rôle de ces juridictions. Le contenu des décisions effectivement adoptées est également important. Or celui-ci s'avère parfois difficile à réconcilier avec une interprétation plausible des textes constitutionnels.

La CCF a développé une conception de la protection des droits fondamentaux qui semble aller au-delà de celle suggérée par la lecture de la Loi fondamentale. Toute action ou inaction individuelle est protégée par la Cour au nom d'un droit fondamental spécifique sinon au nom de la liberté générale de faire ou de ne pas faire ce que l'on veut : galoper à cheval en forêt³, donner à manger aux pigeons sur la voie publique⁴.... Surtout les formules associées

à ce développement : « l'ordre objectif de valeurs des droits fondamentaux » (« *objektive Wertordnung der Grundrechte* »), le « principe de proportionnalité » (« *Verhältnismässigkeitsprinzip* »), « l'effectuation des droits fondamentaux » (« *Grundrechtseffektuiierung* ») n'apparaissent pas dans le texte de la Loi fondamentale, mais sont des créations de la CCF.⁵

Les mêmes remarques peuvent être faites, *mutatis mutandis*, à l'égard du Conseil constitutionnel. Celui-ci joue aujourd'hui un rôle de premier plan dans le système politico-juridique français. Une place qui ne correspond pas du tout à celle que les rédacteurs de la Constitution de 1958 lui destinaient. La politique jurisprudentielle du Conseil, depuis sa célèbre décision de 1971⁶, peut s'analyser comme une véritable *révolution juridique* au sens technique du terme. L'extension du contrôle de constitutionnalité au Préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'est faite en dehors de l'intervention du pouvoir constituant par la procédure de l'article 89. Plus récemment, le Conseil a affirmé que la « dignité humaine » constituait également une règle constitutionnelle⁷, sans que l'on puisse, bien sûr, l'inférer – en tout cas selon les règles de la logique – des textes constitutionnels.

Si on admet l'importance de l'activité normative de ces cours, il est intéressant, et même nécessaire, d'étudier cette activité pour comprendre les régimes politiques français et allemand.

On peut s'intéresser à la production normative des juridictions constitutionnelles de diverses perspectives théoriques, lesquelles correspondent à des préoccupations heuristiques et à des fondements épistémologiques distincts. Il est possible de distinguer entre trois types de théories de l'activité normative des juridictions constitutionnelles:

(1) les théories *prescriptives*. Ces théories entendent formuler des prescriptions relativement à la manière dont les juges *doivent* décider. Il s'agit de déterminer les critères moraux d'une décision juridictionnelle *juste* sans s'en tenir à des descriptions et à ce qui est démontrable selon les exigences d'une épistémologie empiriste.⁸ La perspective choisie est celle de la philosophie politique. De telles théories peuvent déboucher, concrètement, sur un discours de valorisation des politiques jurisprudentielles effectivement poursuivies par les juridictions, ces politiques étant alors présentées comme justifiées par rapport aux théories proposées. Mais elles peuvent aussi, inversement, soutenir un discours critique portant sur tout ou partie de ces politiques jurisprudentielles et enjoindre aux juges des réorientations plus ou moins radicales. Pour les juristes, ces théories rejoignent l'attachement traditionnel à l'idée que la doctrine juridique, constitutionnelle ou non, doit être une « source du droit ».⁹

(2) les théories *sociologiques* (ou de façon synonyme « *sociopolitiques* »). Il s'agit pour ces théories de décrire les comportements et les stratégies décisionnelles des juges constitutionnels. Elles cherchent à établir des liens de causalité entre certains faits ou phénomènes constatés ou probables

– par exemple, l’origine sociopolitique des juges constitutionnels, ce qu’ils ont mangé au petit déjeuner, la probabilité que les autres organes refusent de conformer à leurs décisions, le degré de technicité juridique des débats parlementaires précédant le vote d’une loi – et certaines données juridiques, en l’occurrence les décisions des juridictions constitutionnelles. En d’autres termes, ces théories ont pour variable dépendante la production normative des juridictions constitutionnelles et tentent de mettre en évidence les variables indépendantes susceptibles d’affecter cette production. Elles formulent des thèses à même d’être corroborées par des observations empiriques.

(3) les théories *normativistes positivistes*. Les théories de ce type étudient les relations d’imputabilité et de conformité entre les décisions des juridictions et les autres normes du système juridique que les juges sont supposés appliquer et concrétiser. Ce sont des théories descriptives – bien que leur objet d’étude soit normatif – solidaires d’une épistémologie empiriste¹⁰ (dans la mesure où elles s’intéressent uniquement aux normes posées par un acte humain et appartenant à un système de normes hiérarchisé, sanctionné et globalement efficace).

Certains contesteront évidemment les postulats ontologico-épistémologiques de cette typologie.¹¹ Cependant, dès lors qu’elle est admise, toute étude de l’activité normative du Conseil constitutionnel ou de la Cour constitutionnelle fédérale doit nécessairement s’inscrire dans une de ces trois approches.

En mettant de côté les théories de type (1), nous allons maintenant en dire un peu plus sur les théories de type (2) et (3) et les travaux qui s’inscrivent dans leur cadre théorique respectif. Nous essayerons, plus spécifiquement, d’élucider les points suivants :

En premier lieu, il s’agira de mettre en lumière ce que ces théories permettent de comprendre de l’activité normative des juridictions constitutionnelles – autrement dit, leur intérêt heuristique.

Ensuite, il s’agira d’apprécier le développement des recherches qui s’inscrivent dans le cadre de ces théories et les hypothèses explicatives qu’elles proposent.

Enfin, il s’agira de déterminer comment se situe la doctrine constitutionnelle traditionnelle, en France et en Allemagne, par rapport à ces approches théoriques.

Nous traiterons ces points en exposant le développement des recherches sociopolitiques sur la CCF et le Conseil constitutionnel (I), en explicitant les buts heuristiques qui sous-tendent l’approche normativiste (II) et en tentant de situer la doctrine juridique traditionnelle, la *Staatsrechtslehre* et la doctrine constitutionnelle française, par rapport à ces deux approches (III).

I. L'APPROCHE SOCIOPOLITIQUE DE L'ACTIVITÉ NORMATIVE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES EN ALLEMAGNE ET EN FRANCE

Si on commence par regarder du côté des études sociopolitiques sur le Conseil constitutionnel et la CCF, on constate que les travaux de ce type sont relativement rares. En Europe continentale, les juristes ont toujours un quasi-monopole du discours sur les juridictions constitutionnelles et leur activité normative. Les politologues ne s'intéressent pas, ou peu, aux juridictions. Il y a là un net contraste avec ce qui prévaut dans le monde universitaire anglo-saxon et notamment américain. Aux Etats-Unis, il existe ainsi, à côté de l'immense littérature produite par les juristes, une véritable industrie d'études sociopolitiques sur la Cour suprême et ses juges.¹² Aussi, il n'est guère surprenant que, parmi les rares études sociopolitiques consacrées au Conseil constitutionnel ou à la CCF, les meilleures soient l'œuvre de politistes américains.

A. LE FAIBLE DÉVELOPPEMENT DES ÉTUDES SOCIOPOLITIQUES SUR L'ACTIVITÉ NORMATIVE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

En France, le premier travail du genre est la thèse de doctorat d'Alec Stone (devenu entre temps Alec Stone Sweet) *The Birth of Judicial Politics in France*.¹³ Outre une étude de la manière dont les autres acteurs institutionnels, notamment le gouvernement et les parlementaires réagissent et anticipent les décisions de l'organe de la rue de Montpensier, Stone propose, dans une perspective néo-institutionnaliste, de conceptualiser le Conseil non comme une juridiction mais comme une troisième chambre du Parlement : un organe composé de membres ayant un véritable agenda politique et dont les stratégies décisionnelles dépendent, par ailleurs, des positions idéologiques respectives de la majorité au pouvoir et de l'opposition.

Plus récemment, Alec Stone Sweet a développé et formalisé un modèle itératif de développement du droit constitutionnel jurisprudentiel et de judiciarisation du système politique¹⁴ qu'il applique au Conseil constitutionnel et sur lequel nous reviendrons rapidement *infra*.

Dans le sillage de celle de Stone, d'autres études sociopolitiques sur le Conseil constitutionnel sont apparues. On peut citer celles de Jacques Meunier¹⁵ et de Bastien François¹⁶, ce dernier reprenant, en partie, les analyses et modèles proposés par Stone. Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats¹⁷ ont également proposé un modèle d'analyse de l'activité normative des juridictions et destiné à s'appliquer au Conseil constitutionnel. Mais aucune recherche d'envergure n'a encore été menée dans le cadre de leur « théorie des contraintes juridiques ».

B. LE FAIBLE DÉVELOPPEMENT DES ÉTUDES SOCIOPOLITIQUES SUR LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE

En Allemagne, le pionnier des études sociopolitiques sur la Cour de Karlsruhe est également d'origine américaine. Donald Kommers fut un des

premiers à s'intéresser à la CCF et à son activité normative sous un angle un peu différent de celui de la *Staatsrechtslehre* et plus proche de la science politique.¹⁸ D'autres études ont suivi. On peut citer les travaux de Christine Landfried¹⁹ et Klaus Stüwe.²⁰ Ce dernier propose une analyse très intéressante de l'activité de la CCF dans le cadre du contrôle abstrait lorsqu'elle est saisie par l'opposition. Récemment, un autre auteur américain, Georg Vanberg, a développé un modèle relativement complexe – formalisé mathématiquement et reposant sur certaines hypothèses de la théorie des jeux – des relations entre législateur et cour constitutionnelle qu'il applique à une partie du contentieux constitutionnel allemand.²¹

C. LES MODÈLES SOCIOPOLITIQUES DÉVELOPPÉS

Examinons quelques unes des hypothèses explicatives de l'activité normative des juges constitutionnels développées dans ces travaux. Notons que les travaux récents sont marqués par les postulats de l'analyse stratégique²² caractéristique du néo-institutionnalisme²³ et de la théorie des choix rationnels²⁴ – les courants dominants de la science politique anglo-saxonne.

1. Le modèle « attitudinal »

Un premier modèle explicatif est le modèle « attitudinal ». Il consiste à expliquer les décisions des juridictions à partir des « attitudes », c'est-à-dire des préférences des juges qui les composent. Les juristes et, surtout, les juges abhorrent ce type d'approche, car il présente la décision juridictionnelle comme produit de considérations subjectives.²⁵ Ils n'apprécient pas l'idée que les juges puissent être « partisans », « politiques », « arbitraires ». Précisons, toutefois, que, pour les avocats de ce modèle, les préférences des juges constitutionnels ne se confondent pas nécessairement avec celles des titulaires des organes qui les ont nommés. En d'autres termes, les préférences politiques des juges ne recoupent pas nécessairement les positions des partis politiques existants. Il ne faut pas confondre « préférences » avec « solidarités politiques ».

Alors qu'il est repris par un grand nombre de travaux sur la politique décisionnelle de la Cour suprême²⁶, ce modèle n'est pas utilisé dans les recherches relatives aux cours constitutionnelles européennes. La raison en est probablement assez simple. Les conditions qui justifient, du point de vue néo-institutionnaliste, le recours à ce modèle dans le contexte américain sont absentes dans le contexte européen.

Premièrement, alors que les juges de la Cour suprême sont nommés à vie, les juges constitutionnels européens sont nommés pour une durée plus limitée – 9 ans pour les juges constitutionnels français, 12 ans pour les juges constitutionnels allemands.

Deuxièmement, en raison même de la durée limitée de leurs fonctions, ceux qui occupent la charge de juge constitutionnel, en France ou en Allemagne, sont susceptibles de poursuivre une carrière et d'aspirer à de nouvelles fonctions à l'issue de leur mandat à la Cour ou au Conseil. A l'inverse, les juges de la Cour suprême savent qu'ils finiront leur carrière (sauf peut-être celle d'arrière grand-père) dans la robe de juge.²⁷

Troisièmement, les juges constitutionnels européens n'ont pas, à la différence des juges de la Cour suprême, compétence discrétionnaire sur les cas qu'ils examinent. Ils ne peuvent pas choisir d'examiner uniquement les affaires qui les intéressent.²⁸

Ces facteurs limitent sans aucun doute le jeu des préférences personnelles dans le contexte européen en général et franco-allemand en particulier. Au surplus, l'utilisation du modèle attitudinal se trouve confronté à un obstacle pratique bien connu : celui de l'accès aux données pertinentes. Les délibérations du Conseil constitutionnel et de la CCF²⁹ sont secrètes. Les opinions dissidentes peuvent certes être publiées en Allemagne.³⁰ Mais cela est, en revanche, interdit en France. Ce qui empêche de falsifier, par des observations empiriques, des hypothèses relatives au poids des préférences individuelles supposées des juges constitutionnels dans leurs choix décisionnels.³¹ Ceci explique que les études sociologiques sur la CCF et le Conseil constitutionnel s'inspirent plutôt du modèle institutionnaliste internaliste ou externaliste.

2. Le modèle institutionnaliste

Même s'ils reconnaissent que les préférences des juges sont susceptibles de jouer un rôle dans le calcul décisionnel³², les partisans des théories institutionnalistes mettent plutôt l'accent sur les structures institutionnelles et l'environnement politique des juridictions constitutionnelles. On peut distinguer deux variantes du modèle institutionnaliste : le modèle institutionnaliste externaliste et le modèle institutionnaliste internaliste.

a) Le modèle institutionnaliste externaliste

Le modèle institutionnaliste externaliste met l'accent sur différents paramètres:

- les positions idéologiques des autres organes, en particulier du législateur et du gouvernement,
- la possibilité et la difficulté pour ces organes de renverser les décisions des juges constitutionnels, et/ou
- l'opinion publique et son attitude vis-à-vis de la juridiction constitutionnelle.

Selon ce modèle, les juges constitutionnels anticipent les réactions des autres organes – et, selon les modèles, de l’opinion publique – à leurs décisions en tenant compte, le cas échéant, de la difficulté pour ces organes d’invalider leurs décisions en modifiant la constitution. Ce faisant, ils cherchent à s’assurer que leurs décisions seront appliquées et qu’elles n’entacheront pas, pour l’avenir, la légitimité de l’institution. Cet objectif explique en même temps que les juges écartent certains choix – même s’ils sont plus proches de leurs préférences brutes. Les juges ne retiendront pas les solutions décisionnelles susceptibles d’entraîner une telle contre-réaction que les autres organes refuseraient de les respecter ou pourraient même les tourner par une révision constitutionnelle.

Très utilisé dans les recherches sur la Cour suprême³³, ce modèle est également repris dans les travaux sur les juridictions constitutionnelles européennes. Les travaux de Stone et Vanberg sont, par exemple, assez proches de ce modèle.³⁴

Voici comment Stone modélise les contraintes auxquelles les juges constitutionnelles soumettent leurs choix décisionnels :



Figure 1: le calcul décisionnel du juge constitutionnel selon Alec Stone Sweet³⁵

Le point A.1 représente la solution préférée d’une partie au litige constitutionnel – disons le gouvernement et sa majorité parlementaire. Le point B.1 représente la solution préférée de l’autre partie – disons l’opposition. L’espace entre A.1 et A.2 représente les solutions juridictionnelles auxquelles, selon les juges constitutionnels, le gouvernement et sa majorité ne refuseront pas de se conformer. L’espace entre B.2 et A.2 représente l’ensemble des solutions qui mettront fin au litige entre les deux parties et assureront le respect de la décision. Le calcul décisionnel des juges constitutionnels est essentiellement, selon Stone, un calcul de légitimité. Il s’agit pour eux de maintenir la légitimité et l’image de neutralité de la cour auprès de la majorité et de l’opposition. Or, en choisissant une décision dans l’espace B.2-A.2, ils se donnent les meilleures chances d’atteindre ces objectifs. L’accroissement des décisions d’annulation partielle ou des réserves d’interprétation reflètent, selon Stone, une stratégie d’évitement de la part des juges constitutionnels : ils évitent ainsi de désigner un vainqueur et un perdant du contentieux constitutionnel. Les statistiques indiquent d’ailleurs que le nombre de réserves d’interprétation, dans les décisions du Conseil, tend à augmenter lorsque l’antagonisme entre la majorité et l’opposition est le plus fort, juste après une alternance.³⁶ Ce qui corroborerait l’idée que le Conseil utilise cette technique pour maintenir son image de neutralité.

Stone ajoute que dans certains cas – les *hard cases* – il n'y aura pas d'espace entre B.2 et A.2.³⁷ Dans cette hypothèse, l'argumentation sera le seul instrument à disposition des juges pour préserver leur image de neutralité et, ce faisant, leur légitimité. Les statistiques concernant le Conseil constitutionnel suggèrent l'existence d'un lien entre l'argumentation des juges constitutionnels et le degré de polarisation idéologique des autres acteurs sur la question tranchée. Le nombre moyen de considérants dans les motivations des décisions du Conseil a ainsi tendance à augmenter à la suite d'une alternance, lorsque le Conseil se prononce sur des mesures législatives particulièrement controversées³⁸ :

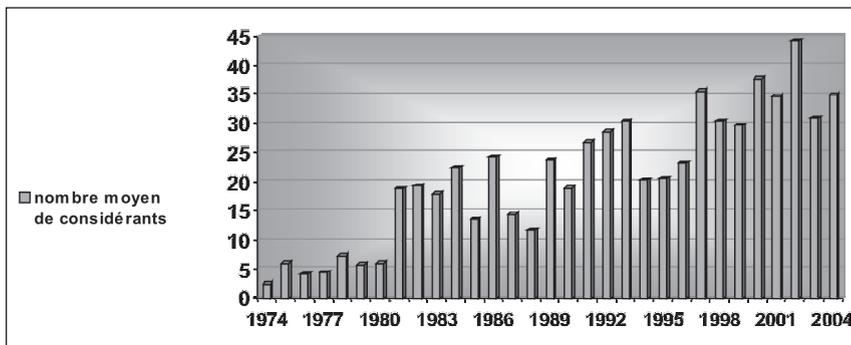


Tableau 1: Nombre moyen de considérants par décision DC, 1974-2004.

b) Le modèle institutionnaliste internaliste

Le modèle institutionnaliste internaliste met l'accent sur la structure interne des juridictions et le processus de délibération qui précède l'adoption d'une décision. Selon ce modèle, les juges cherchent à s'assurer que la décision finalement adoptée sera aussi proche que possible de leurs préférences politiques en déterminant leurs choix à partir des positions et actions de leurs collègues. Pour distinguer ce modèle du modèle attitudinal, les juges sont prêts à défendre des choix qui ne correspondent pas exactement à leurs préférences de façon à peser sur la décision. En résumé, le processus de délibération est une tractation obéissant elle-même aux stratégies individuelles des juges.

Développé aux Etats-Unis³⁹, ce modèle est repris par Jacques Meunier qui l'exploite pour rendre compte des stratégies décisionnelles du Conseil constitutionnel.⁴⁰

3. Les autres modèles

a) Le modèle itératif de Stone

Alec Stone présente un schéma itératif modélisant les interactions entre un législateur (majorité parlementaire et opposition) et une cour

constitutionnelle. Ce schéma, ici reproduit en figure 2, vise avant tout à expliquer le développement cumulatif des normes jurisprudentielles, ce que certains appellent le « droit constitutionnel jurisprudentiel », et l'importance grandissante de la cour constitutionnel dans le système politique, à moyen ou long terme.

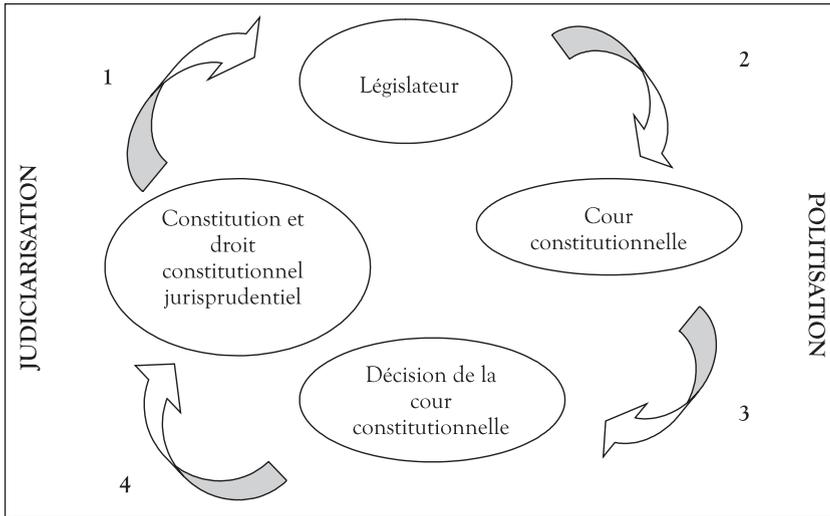


Figure 2: Le schéma itératif de Alec Stone Sweet⁴¹

Le modèle décompose en quatre étapes successives le processus par lequel les parlementaires « politisent » la cour et la cour « judiciarise » le parlement :

Étape 1: Le gouvernement et sa majorité parlementaire spécifient et concrétisent les normes constitutionnelles et les normes élaborées par la juridiction constitutionnelle en anticipant la réaction des juges constitutionnels.

Étape 2: L'opposition parlementaire saisit la cour constitutionnelle dès lors qu'elle est susceptible de tirer avantage de l'annulation, totale ou partielle, de la législation adoptée et que le coût politique de la saisine est pour elle, à court terme, quasi-nul.

Étape 3: Les juges constitutionnels opèrent leur calcul décisionnel en prenant garde à résoudre le conflit entre majorité et opposition tout en maintenant son image de neutralité, laquelle est essentielle à la légitimité du juge. Les juges peuvent essayer de préserver leur image de neutralité par l'argumentation ou en évitant de désigner un vainqueur. Selon Stone, les décisions qui touchent aux questions les plus controversées, vis-à-vis desquelles s'affrontent les positions idéologiques les plus antagonistes, seront aussi celles qui comporteront les motivations les plus étoffées et qui feront appel aux techniques des « réserves d'interprétation » ou à l'invalidation partielle.

Étape 4: En même temps qu'elle tranche le cas concret qui lui est soumis, la Cour ajoute ses motivations à l'ensemble du corpus comprenant les normes constitutionnelles au sens strict et le « droit constitutionnel jurisprudentiel ».

Étape 1 bis: L'extension de ce corpus ouvre en même temps à l'opposition de nouvelles perspectives de contestation des mesures adoptées par la majorité. A chaque tour, si les acteurs continuent de se comporter de la même manière, le processus de judiciarisation s'intensifiera. Simultanément, la justice constitutionnelle sera de plus en plus politisée.

b. La théorie des contraintes juridiques.

La théorie des contraintes juridiques cherche à mettre en évidence les contraintes qui résultent pour les acteurs, et notamment les juges, « de la configuration du système juridique à un instant donné ». ⁴² Cette théorie repose sur le postulat selon lequel les acteurs, en tant qu'*homo juridicus*, ont pour principal but de défendre (i) leur sphère de compétence, (ii) l'application de leurs décisions, (iii) leur existence institutionnelle et (iv) à maintenir ou optimiser son pouvoir. ⁴³ Quoi qu'en disent ses instigateurs, cette théorie n'est pas une théorie de « troisième voie » qui ne relèverait ni de la science politique ni de la doctrine juridique classique. Elle n'est pas proprement juridique. En vérité, elle se rapproche largement des théories institutionnalistes externalistes et relève donc, à l'instar de ces théories, de la science politique.

D. LA VALEUR HEURISTIQUE DE L'APPROCHE SOCIOLOGIQUE

Les juristes saisissent facilement l'intérêt heuristique de telles études, même s'ils peuvent rejeter certaines des hypothèses explicatives sur lesquelles elles sont fondées. Ces théories sont susceptibles de déboucher sur des prévisions de l'activité normative des juridictions constitutionnelles et, pour des juristes qui estiment que la doctrine doit aider les praticiens, l'approche sociopolitique paraît, par conséquent, immédiatement intéressante. Aider les conseillers juridiques à prévoir les décisions des juridictions et, de là, leur permettre de mieux conseiller leurs clients sur les avantages d'aller devant les tribunaux ou sur ce qui risquerait de s'y passer s'ils s'y retrouvaient, semble, pour la plupart des juristes, un objectif heuristique intéressant. Le point de vue du praticien, plus exactement du conseiller juridique, était d'ailleurs explicitement celui adopté par la *sociological jurisprudence*, le courant réaliste américain, dont les travaux rejoignent – évidemment au niveau de l'approche générale plutôt qu'au niveau des hypothèses explicatives – les études sociologiques évoquées ici. Dans le droit fil du programme de recherche exposé par Oliver Wendell Holmes dans *The Path of the Law*, les réalistes ont tenté d'expliquer le droit de la perspective du *bad guy*, de celui qui veut éviter de se retrouver ou de perdre devant les tribunaux. De cette perspective, seule importe la façon dont les juges décideront *de facto*: « The prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious, are what I mean by the law ». ⁴⁴

II. L'APPROCHE NORMATIVISTE ET SON INTÉRÊT HEURISTIQUE

Les théories sociopolitiques ne nous permettent pas, cependant, de savoir tout ce que nous voulons savoir sur les juridictions constitutionnelles et leur activité. Elles ne nous disent rien de précis sur les relations entre le contenu normatif des décisions des juges et le cadre normatif dans lequel elles sont adoptées ou, du moins, supposées être adoptées. Elles ne nous renseignent donc pas sur les implications de l'activité des juridictions constitutionnelles pour le constitutionnalisme, la démocratie et l'État de droit.

La *démocratie* en tant qu'exigence que ceux-là mêmes auxquels s'adressent les normes juridiques participent à leur élaboration ; l'*État de droit* en tant qu'il exige que la production des normes juridiques (y compris par les juges constitutionnels) se fasse dans le cadre juridique en vigueur et non de façon totalement imprévisible; et, enfin, le *constitutionnalisme moderne* en tant qu'il suppose la suprématie de la constitution formelle, c'est-à-dire que la modification du droit constitutionnel formel emprunte toujours la voie procédurale prévue par celui-ci, sont des principes constitutifs des démocraties constitutionnelles française et allemande. Ce sont en même temps des principes qui sont supposés se traduire dans la structure du système juridique, mais aussi et surtout dans le processus dynamique de production des normes. Le respect de ces principes suppose que les organes, y compris la juridiction chargée du contrôle de constitutionnalité, s'y conforment lorsqu'ils produisent des normes.

Or, seule une analyse normativiste est susceptible de rendre compte de la mesure dans laquelle l'activité normative du Conseil constitutionnel et de la CCF affecte ces exigences.⁴⁵

Cette approche est, en fait, peu ou mal représentée dans les études sur les deux juridictions constitutionnelles.

III. LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE TRADITIONNELLE: SOCIOPOLITIQUE OU NORMATIVISTE?

La question, que l'on peut maintenant poser, est : que fait la doctrine traditionnelle et sur quoi nous renseigne-t-elle ? On peut se demander si elle se situe dans une perspective prescriptive, sociopolitique ou normativiste.

La doctrine constitutionnelle française et la *Staatsrechtslehre* allemande se rapprochent aujourd'hui assez largement au niveau des méthodes et de l'orientation. On note une forte orientation prescriptive du discours doctrinal dans les deux pays. Mais une caractéristique encore plus frappante de la littérature doctrinale franco-allemande est l'importance quantitative donnée aux décisions des juges constitutionnels, en particulier aux motivations attachées à ces décisions. A tel point que les enseignements de droit constitutionnel dispensés dans les universités et les commentaires doctrinaux finissent par ressembler à des cours et des commentaires de *Common Law* où les précédents auraient remplacé les textes législatifs et constitutionnels.

Maintenant quel est, au-delà des préoccupations prescriptives, l'objectif heuristique poursuivi par la science du droit constitutionnel ? Que cherche-t-elle à connaître et à expliquer ? Et comment ?

A. LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE : UNE ENTREPRISE SOCIOLOGIQUE?

On peut essayer d'interpréter l'importance des motivations juridictionnelles dans le discours doctrinal dans une perspective sociopolitique. De ce point de vue, les motivations des juges constitutionnels indiqueraient en même temps les causes de leurs décisions. Dans ces conditions, les motivations passées permettraient de prévoir les décisions futures. A un cas de type X correspondrait toujours le dispositif Y. C'est à ce titre que la doctrine constitutionnelle étudierait et systématiserait les motivations juridictionnelles.

En tant qu'hypothèse explicative d'une démarche sociopolitique, ce n'est pas complètement absurde. D'ailleurs, le schéma explicatif de Stone présuppose que les motivations des décisions des juges constitutionnels puissent servir d'indicateur relativement fiable aux autres acteurs sur la manière dont les juges décideront à l'avenir.⁴⁶ Mais n'est-ce pas une explication un peu trop naïve ? Est-ce que l'on ne confond pas justification et raisonnement décisoire ? Du point de vue de la logique, il n'y a pas de congruence nécessaire entre motivation et raisonnement décisoire ni lien nécessaire entre motivation et dispositif. Si on accepte la thèse, assez plausible, selon laquelle les motifs ont pour fonction de légitimer la décision davantage que d'expliquer l'ensemble des considérations prises en compte par les juges pour arrêter leurs choix, la doctrine constitutionnelle traditionnelle ne semble pas constituer un programme de recherche sociopolitique sérieux. Expliquer les stratégies décisionnelles des juges à partir de leurs justifications est susceptible de fonctionner dans certains cas, mais pas dans d'autres – notamment lorsqu'il s'agit d'une question controversée et que les autres acteurs défendent des solutions divergentes reposant sur des conceptions idéologiques antagonistes.⁴⁷

B. LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE : UNE APPROCHE NORMATIVISTE DE L'ACTIVITÉ NORMATIVE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE ?

Cette conclusion sur la doctrine constitutionnelle traditionnelle envisagée comme entreprise sociopolitique pourrait vouloir dire qu'il est plus approprié de la concevoir comme une entreprise normativiste.

En fait, la majorité des constitutionnalistes, des deux côtés du Rhin, sont sans doute d'accord pour caractériser la science du droit comme une science des normes. Mais est-ce que cela les conduit pour autant à concevoir leur discipline dans une perspective normativiste ? A y regarder de près, il semble

bien que les constitutionnalistes français et allemands ne se désintéressent pas totalement de la question des relations entre les décisions des juges et les normes constitutionnelles applicables. Toutefois, les analyses proposées paraissent, d'un point de vue normativiste, vagues ou relever de conceptions scientifiques relativement étranges.

Vagues car la doctrine se contente souvent de souligner le rapport entre les normes exprimées par les textes constitutionnels et les décisions les plus problématiques des juges de façon métaphorique⁴⁸ en parlant d'interprétation « audacieuse », « hardie »⁴⁹ ou « large ».

Etranges, car la doctrine semble parfois postuler que les juges ont un accès privilégié à la signification des textes constitutionnels. Les juges révéleraient les aspects restés obscurs ou confirmeraient les « théories » échafaudées par la doctrine. Les juges constitutionnels seraient, en quelque sorte, dans une situation épistémique privilégiée qui leur permettrait d'avoir accès à la vraie signification des textes constitutionnels. C'est ainsi que Louis Favoreu et Loïc Philip affirmaient à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, que celle-ci « tranche » le débat doctrinal sur la valeur constitutionnelle du Préambule.⁵⁰ De la même façon, les contours des dispositions constitutionnelles sont définies et redéfinies par la doctrine à l'aune des décisions du juge constitutionnel.⁵¹

C. CRITIQUE DE LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE ET DE LA STAATSRECHTSLEHRE

Ces remarques offrent une occasion opportune de mentionner les critiques adressées par Bernhard Schlink, suivi en cela par quelques jeunes constitutionnalistes allemands, à la *Staatsrechtslehre*. Ces auteurs reprochent à la *Staatsrechtslehre* son manque de distance critique vis-à-vis de la CCF. D'après Schlink, la *Staatsrechtslehre* se serait enfermée dans l'impasse intellectuelle de ce qu'il appelle le *Verfassungsgerichtspositivismus* – le positivisme juridictionnel.

La science du droit constitutionnel...se développe dans le sillage tracé par la CCF dont les décisions constituent à la fois la matière, le point de départ et le point d'arrivée de la doctrine. Celle-ci travaille les décisions de la Cour jusqu'à en faire un tout cohérent et harmonieux, elle infère des décisions passées les décisions futures et vérifie que telle ou telle solution d'une espèce réelle ou imaginaire est compatible avec la jurisprudence de la Cour. Bien souvent, la science du droit constitutionnel pense et travaille à l'arrière plutôt qu'à l'avant-garde de la CCF; les éléments centraux de notre doctrine constitutionnelle – de la délimitation des pouvoirs de délégation du législateur à la dogmatique de l'article 14 LF – sont avant tout l'œuvre de la Cour développée ensuite par la doctrine. Pour ce qui est des autres questions centrales de la dogmatique constitutionnelle – de la détermination de la permission formulée par l'article 2 al. 1 LF à la théorie des limites pour les droits fondamentaux ne comportant

pas de réserve législative –, la Cour a tranché et mis fin, par ses décisions, à la discussion ouverte par la doctrine. Toute critique des décisions de la Cour n'est certes pas exclue, mais celle-ci s'inscrit volontiers dans l'horizon de la jurisprudence : en défendant, par exemple, une jurisprudence établie contre une nouvelle décision ou, à l'inverse, en plaidant pour la nouvelle décision contre la jurisprudence établie.⁵²

Retraçant l'évolution de la science du droit constitutionnel allemande depuis le XIX^{ème} siècle, Schlink ajoute à propos de la doctrine telle qui s'est constituée depuis l'avènement de la CCF:

Karlsruhe locuta, causa finita – l'expression, devenue familière, résume la condition nouvelle par une image, dans laquelle la CCF s'exprime ex cathedra et les représentants d'une doctrine déçue patientent sur ses marches. C'est l'image du *Bundesverfassungsgerichtspositivismus*.⁵³

Ces critiques rejoignent celles de Ulrich Haltern⁵⁴ et de Matthias Jestaedt.⁵⁵ Elles valent aussi, *mutatis mutandis*, pour la doctrine constitutionnelle française. Celle-ci, en effet, fait preuve d'une faible distance critique lorsqu'elle invoque les motivations des juges constitutionnels eux-mêmes pour écarter la thèse selon laquelle le Conseil constitutionnel est une troisième chambre et un *policy-maker* au même titre que l'Assemblée nationale et le Sénat.⁵⁶ Autrement dit, l'attitude de la doctrine conduit à faire des juges constitutionnels les maîtres de la science du droit constitutionnel !

CONCLUSION

Si nous voulons mieux comprendre le fonctionnement de la justice constitutionnelle en France et en Allemagne, ces critiques devraient nous amener à réorienter et à approfondir la recherche dans un sens plus sociopolitique ou plus normativiste. En tous les cas, à faire preuve de plus de distance critique par rapport aux juges constitutionnels et à leur activité normative.

Si la recherche adopte une perspective normativiste, elle devra se garder de prendre la cour constitutionnelle étudiée pour l'oracle de Delphes⁵⁷ et développer les outils logico-sémantiques nécessaires à une analyse précise et rigoureuse des relations entre, d'une part, les normes adoptées par les juges et, d'autre part, les normes constitutionnelles que ces juges sont supposés appliquer et concrétiser.

En outre, il reste à l'approche sociopolitique de vastes champs à défricher. Comparées à la Cour suprême des Etats-Unis, les cours constitutionnelles européennes sont encore mal connues des politistes. Dans cette direction, la recherche a encore beaucoup à nous apprendre. Elle nous en apprendra d'ailleurs d'autant plus qu'elle pourra, en plus, s'appuyer sur une bonne recherche normativiste.

¹ Source: *Jahresstatistik 2004*. Disponible sur: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?aufgaben>.

² Source: *Recueil de jurisprudence constitutionnelle*. Paris: Litec, 1998; STONE SWEET, Alec. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.) *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999, p. 126.

³ BVerfGE 80, 137.

⁴ BVerfGE 54, 143.

⁵ JESTAEDT, Matthias. Verfassungsgerichtspositivismus – Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionstaat. In: DEPENHEUER, Otto; HEINTZEN, Markus; JESTAEDT, Matthias; AXER, Peter (Dir.) *Nomos und Ethos – Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 186.

⁶ Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, dite « liberté d'association ».

⁷ Décision 343-344 DC du 27 juillet 1994, dite « bioéthique ».

⁸ Ceci que l'on soit cognitiviste ou non cognitiviste en matière morale.

⁹ Sur ce point v. JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004, p. 217-245.

¹⁰ Leur nature « positive » distingue ces théories des théories prescriptives. Une théorie normativiste qui ne serait pas positiviste serait tout simplement une théorie prescriptive. Les théories « jusnaturalistes » du droit sont, en quelque sorte, des théories normativistes non positivistes, c'est-à-dire des théories prescriptives.

¹¹ Ils contesteront notamment, pour différentes raisons, la distinction entre théories de type (1) et théories de type (3). Les partisans du scepticisme normatif (*rule-scepticism*) contesteront ainsi le caractère scientifique d'une théorie de type (3). Selon eux, une théorie de type (3) est en fait identique à une théorie de type (1). Autrement dit, tout étude normativiste de l'activité normative des juridictions constitutionnelles serait en vérité assimilable à une étude prescriptive de cette activité. A l'opposé, les jusnaturalistes ne contesteront pas le caractère scientifique des théories de type (3), mais contesteront la possibilité de décrire ce que sont les normes juridiques et leurs relations entre elles sans en même temps prescrire ce que celles-ci devraient être. En d'autres termes, ils contesteront, comme les partisans du scepticisme normatif, la validité d'une distinction entre théories de type (1) et de type (3), mais pour des raisons opposées à celles avancées par les sceptiques. Alors que, pour le courant sceptique, l'assimilation du positivisme normativiste à la philosophie moralo-politique et l'exclusion de toute science des normes juridiques du champ scientifique sont justifiées par la thèse selon laquelle il serait impossible de fonder une telle discipline sur une épistémologie empiriste, c'est, au contraire, l'incapacité d'une épistémologie empiriste à rendre compte de la nature du droit qui justifie, pour les jusnaturalistes, le rejet de cette épistémologie et, ce faisant, la distinction entre théories de type (1) et théories de type (3). En Allemagne, l'antipositiviste d'inspiration jusnaturaliste bénéficie traditionnellement d'un fort engouement. Des auteurs tels que Rudolf Smend (dont la « *Integrationslehre* » exerça une forte influence sur les constitutionnalistes allemands de l'après seconde guerre mondiale et sur leur manière de concevoir leur discipline), Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch, Hermann Heller ou Carl Schmitt ont sévèrement critiqué et explicitement rejeté les postulats positivo-analytiques de Gerber, Laband, Jellinek et Kelsen. Au niveau théorique, le courant antipositiviste reste, aujourd'hui encore, dominant dans les facultés de droit allemandes. En France, en revanche, c'est plutôt le scepticisme normatif qui a le vent en poupe depuis quelques décennies, défendu avec brio par l'école néoréaliste de Michel Troper.

¹² Les pionniers de ces recherches furent: DAHL, Robert. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law*, vol. 6 (1957), p. 279-295; MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press, 1964; SCHUBERT, Glendon. *The Judicial Mind. The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*. Evanston: Northwestern University Press, 1965; et SHAPIRO, Martin. *Law and Politics in the Supreme Court*. New York: Free Press, 1964.

¹³ STONE SWEET, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

¹⁴ STONE SWEET, Alec. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.) *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999, p. 117-140.

¹⁵ MEUNIER, Jacques. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel – Essai d'analyse stratégique*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 1994.

- ¹⁶ FRANCOIS, Bastien. *Le régime politique de la 5^e République*. Paris: La Découverte, 1999, p. 99-110.
- ¹⁷ TROPER, Michel et CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Proposition pour une théorie des contraintes juridiques. In: TROPER, Michel; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique et GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 11-23.
- ¹⁸ KOMMERS, Donald P. *Judicial Politics in West Germany: a study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills: Sage Publications, 1976.
- ¹⁹ LANDFRIED, Christine. *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1984.
- ²⁰ STÜWE, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht als verlängerter Arm der Opposition? *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 37-38 (2001), p. 34-44.
- ²¹ VANBERG, Georg. Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review. *American Journal of Political Science*, vol. 45 (2001) p. 346-361 et *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. (Le modèle développé dans ce livre et cet article repose notamment sur l'hypothèse selon laquelle l'opinion publique et la transparence des rapports entre la cour constitutionnelle et le législateur affectent les stratégies décisionnelles de ces deux organes). Du même auteur v. également: Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining and Policy Compromise. *Journal of Theoretical Politics*, vol. 10 (1998), p. 299-326.
- ²² EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead. *Political Research Quarterly*, vol. 53 (2000), p. 625-661.
- ²³ MARCH, James G. et OLSEN, Joan P. The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life. *American Political Science Review*, vol. 78 (1988), p. 734-749.
- ²⁴ On peut résumer la théorie des choix rationnels à deux propositions:
1. Les acteurs sont capables d'ordonner hiérarchiquement leurs buts, leurs valeurs, leurs goûts et leurs stratégies alternatifs de telle manière que la relation de préférence à indifférence entre ces alternatives soit transitive;
 2. Les acteurs choisissent entre ces alternatives de manière à maximiser leur satisfaction.
- Cf. RIKER, William H. Political Science and Rational Choice. In: ALT, James E.; SHEPSON, Kenneth A. (Eds.). *Perspectives on Positive Political Economy*. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 163-181 (surtout p.172).
- ²⁵ Cf. MEUNIER, *op. cit.*, p. 60-61.
- ²⁶ Cf. les maîtres du genre SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- ²⁷ SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 18-19: "Empirical evidence amply demonstrates that ambition can alter sincere behavior [...]. Alternatively, the absence of higher ambition 'means that personal policy preferences are more freely expressed'".
- ²⁸ *Idem.*, p.19.
- ²⁹ §30 (1), première phrase, BVerfGG (loi sur la Cour constitutionnelle fédérale).
- ³⁰ Celles-ci sont relativement rares: seules 123 décisions sur un total de 1855 (soit 6,63 %) pour les décisions publiées entre 1971 et 2004 (BVerfGE 30 à BVerfGE 110).
- ³¹ Cf. STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p.105; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Paris : Economica, 2001, p. 20.
- ³² STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p.107: « A comparativist has good reason to believe that a Socialist politician appointed to the Council does not cease to be a Socialist upon moving across the river to the Palais Royal ». Stone discute également la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 (86-225 DC) annulant l'amendement « Séguin » qui constituait l'article 39 de la loi, portant diverses mesures d'ordre social, déferée au Conseil (p. 90-91 et p.136). Cette décision intervint dans le contexte de la cohabitation et de l'affrontement entre le président de la République, le socialiste François

Mitterrand, et le gouvernement de droite de Jacques Chirac. François Mitterrand ayant refusé de signer le projet d'ordonnance – lequel prévoyait la modification du régime des heures supplémentaires, la légalisation du travail de nuit des femmes et l'augmentation du quota d'heures supplémentaires pour les emplois saisonniers – qui lui avait été présenté le 10 décembre, le gouvernement n'avait pas d'autre choix que de passer par la voie législative ordinaire. Etant donné que la session parlementaire touchait alors à sa fin et que le gouvernement avait exclu la réunion du Parlement en session extraordinaire, le seul moyen de faire adopter la réforme du Code du travail dans des délais relativement brefs était de l'attacher, par amendement, à un projet de loi en passe d'être adoptée par les chambres. L'amendement « Séguin » (Philippe Séguin, alors ministre, était chargé de faire adopter la réforme par le Parlement) fut finalement adopté sous une pluie de protestations de l'opposition socialiste. Les députés socialistes saisirent immédiatement le Conseil constitutionnel, lequel annula l'amendement « Séguin » au motif qu'il ne présentait pas un lien nécessaire avec le projet de loi auquel il était attaché. La décision du Conseil fut accompagnée des critiques parmi les plus virulentes jamais adressées à l'organe. A l'époque, il fut largement rapporté, ce qui a été confirmé par la suite, que la décision avait été prise à 4 contre 4, les quatre conseillers nommés par les socialistes ayant voté pour l'invalidation de l'amendement et les 4 conseillers nommés par la droite ayant voté contre, la voix prépondérante du président du Conseil, Robert Badinter, faisant pencher la balance dans le sens de l'invalidation. Le neuvième conseiller, Louis Joxe, malade, avait décliné les invitations de la majorité parlementaire à retourner au Palais Royal pour y ajouter sa voix décisive (*Libération* du 26 janvier 1987). Comparant l'activité normative du Conseil constitutionnel avec celle de la CCF, Stone mentionne encore (p. 242) la première décision de la CCF sur l'avortement (BVerfGE 39, 1). Le premier Sénat (la CCF est composé de deux sénats, comprenant chacun 8 juges) invalida le projet de la coalition SPD-FDP au pouvoir à une majorité de 6 contre 2, c'est-à-dire les 6 juges CDU/CSU contre les 2 juges SPD (Rüpp von Brünneck et Simon).

³³ ESKRIDGE, William. *Reneging on History? Playing the Court/Congress/President/Civil Rights Game*. *California Law Review*, vol. 79 (1991), p. 613-674; CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

³⁴ V. également HÖNNIGE, Christoph. *Das Spannungsdreieck von Verfassungsgericht, Regierung und Opposition*. Beitrag für die Tagung *Rechtsforschung als disziplinübergreifende Herausforderung* am 2-3 Juni 2003 im Halle.

³⁵ STONE SWEET, Alec. *Judicialization and the Construction of Governance*. Disponible sur <http://repositories.cdlib.org/iir/ccop/wps-1999-04>, p. 9.

³⁶ Cf. STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 135.

³⁷ STONE SWEET, Alec. *Judicialization and the Construction of Governance*, *op. cit.*, p. 9.

³⁸ La décision 93-325 DC des 12-13 août 1993, « Maîtrise de l'immigration », illustre sans doute ce lien entre le nombre de considérants et le caractère controversé de la décision. C'est à la fois la décision la plus longue du Conseil, à ce jour, (134 considérants) et une des plus controversées au moment de son adoption. Elle amènera d'ailleurs le gouvernement d'Edouard Balladur et son importante majorité parlementaire à modifier la Constitution par la loi de révision constitutionnelle n. 93-1256 du 25 novembre 1993 (introduisant l'article 53-1 dans le texte de la Constitution de 1958).

³⁹ v. MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*, *op. cit.*; pour des travaux plus récents sur la production normative de la Cour suprême recourant à cette approche cf. EPSTEIN, Lee.; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998 et MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F. et WAHLBECK, Paul J. *The Collegial Game: Crafting Law on the Supreme Court*. New York: Cambridge University Press, 2000.

⁴⁰ V. la première partie de MEUNIER, Jacques. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel – Essai d'analyse stratégique*, *op. cit.*, p. 51-195.

⁴¹ STONE SWEET, Alec. *La politique constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 119.

⁴² TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *op. cit.*, p.15.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. *Harvard Law Review*, vol.10 (1896), p. 461.

⁴⁵ Kelsen justifie la valeur heuristique de l'approche normativiste à un niveau plus abstrait, comparant l'utilité de la dogmatique juridique de la perspective du normativisme de la théorie pure du droit à celle de la dogmatique des textes religieux cf. KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2^e éd. Paris: Dalloz, 1962, p.

114: « La possibilité et la nécessité d'une telle discipline portant sur le droit comme signification normative sont démontrées déjà par le seul fait de l'existence multiséculaire de la science du droit, de la 'jurisprudence dogmatique', qui répond, et qui répondra tant qu'il existera du droit, aux besoins intellectuels de ceux qui s'occupent de droit. Il n'existe aucun motif de ne pas donner satisfaction à ces besoins parfaitement légitimes, et de renoncer à une telle science du droit. La remplacer par une sociologie juridique parce que celle-ci s'attache à un problème tout autre que celui auquel elle s'attache. De même que, tant qu'il existera des religions, il devra nécessairement exister une théologie dogmatique, qui ne peut pas être remplacée par une psychologie de la religion, ni par une sociologie de la religion, de même – tant qu'il existera un droit – il y aura une théorie du droit normative ».

⁴⁶ Cf. STONE SWEET, Alec. Path Dependence, Precedent and Judicial Power. In: TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLOTS, Véronique; GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 155-167.

⁴⁷ La décision 86-225 DC, précitée, est une bonne illustration du caractère naïf de cette hypothèse explicative. Juste avant la décision, Louis Favoreu (Le Figaro, 19 janvier 1987) avait prédit que le Conseil refuserait d'invalider l'amendement Séguin, car les motivations des décisions précédentes montraient que le Conseil était réticent à réguler le fonctionnement interne du Parlement sur ce point. Le 22 décembre 1986 (décision n. 86-220 DC), le Conseil avait jugé conforme à la Constitution l'amendement supprimant la troisième voie d'accès à l'ENA. Il avait rejeté l'argument selon lequel l'amendement ne présentait aucun lien avec les autres dispositions de la loi déferée, dont l'objet principal était d'élever l'âge de la retraite des membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes et de l'Inspection générale des finances. L'opposition socialiste avait, une semaine plus tard (décision n. 86-221 DC du 29 décembre 1986), renouvelé l'argument contre certaines dispositions de la loi de finances pour 1987 ; argument que le Conseil rejeta une nouvelle fois. Pourtant, et bien que ces deux dernières décisions aient été rendues après le vote de l'amendement Séguin dans la nuit du 19 au 20 décembre 1986 (les conseillers constitutionnels avaient donc sans doute connaissance de cet amendement au moment de rendre leurs décisions), le Conseil censura le fameux amendement – contredisant sans ambages les prédictions de Louis Favoreu. Comme le souligne Alec STONE, *The Birth of Judicial Politics in France*, op. cit., p. 138: « The affair of the Séguin amendment [...] gives lie, by yielding an unpredictable decision, to the claim that politicians need only understand constitutional law to behave constitutionally. The impulse of public law specialists to synthesize doctrine and to champion coherence does not always provide a convincing solution to the legislator's dilemma ; and the result reinforces criticisms that Council decisions, however "coherent" in hindsight, can not adequately and consistently be predicted by lawmakers. »

⁴⁸ FAVOREU, Louis et al., *Droit constitutionnel*. 8 éd. Paris: Dalloz, 2005, p. 795, à propos de la « dignité humaine » dans les motivations de la décision « bioéthique » précitée : « La décision du Conseil constitutionnel ne crée donc pas ce droit : elle le fait émerger – de manière très heureuse – du texte qui le contenait ».

⁴⁹ Caractéristique FAVOREU, Louis et PHILIP, Loïc. *Grands décisions du Conseil constitutionnel*. 12 éd. Paris: Dalloz, 2003, p. 863, toujours concernant le principe de la dignité humaine dans la décision bioéthique : « ...ce que le Comité consultatif pour la révision de la Constitution avait souhaité voir consacré par une révision constitutionnelle, est considéré comme faisant déjà partie de la Constitution par le Conseil constitutionnel, et cela de manière difficilement contestable, même si elle peut paraître quelque peu hardie ».

⁵⁰ *Idem.*, p. 246.

⁵¹ Pour la doctrine allemande v. par exemple sur l'article 2 al. 1 LF STARCK, Christian. Art. 2 Abs. 1. In : MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich et Starck, Christian. *GG – Bonner Grundgesetz*, (vol. 1). Munich: Franz Vahlen, 1999, p. 193-194. Dans la doctrine française, caractéristique – une fois encore – Louis Favoreu donnait avant 1988, une définition des « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (PFRLR) du Préambule de la Constitution de 1946 à l'aide de considérations linguistiques (FAVOREU, Louis. 1977, année charnière: le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux. RDP 1978, p. 841) tandis qu'après la décision du 20 juillet 1988, dans laquelle le Conseil constitutionnel a indiqué les conditions pour qu'une norme puisse se voir reconnaître la qualité de PFRLR, il reprend la définition présentée dans les motifs de cette décision (Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. In: MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel. *La République en droit français*. Paris: Economica, 1996, p. 231-240).

⁵² SCHLINK, Bernhard. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat* (1989), p. 162-163.

⁵³ *Ibidem.*, p. 168.

⁵⁴ HALTERN, Ulrich. Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis. Grundrechtsrechtsprechung und Verfassungstheorie im Kontext. *Der Staat* (2001), p. 243-256.

⁵⁵ Emprunt une métaphore de Josef Isensee, Matthias Jestaedt décrit l'évolution de la *Staatsrechtslehre* comme la transformation d'une discipline « porte-flambeau » (*Fackelträger*) en une discipline « porte-traîne » (*Schleppenträger*) (sous-entendu : porte-traîne de la CCF), JESTAEDT, Matthias, *op. cit.*, p. 189, note 19.

⁵⁶ Sur ce point v. les remarques de STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 106 et p. 212-215.

⁵⁷ C'est cette manière de concevoir l'activité de la Cour suprême que Felix Frankfurter (qui allait bientôt y être nommé juge) remettait en cause dans une lettre au président des Etats-Unis, Franklin Delano Roosevelt : « People have been taught to believe when the Supreme Court speaks it is not they who speak but the Constitution, whereas, of course, in so many vital cases, it is they who speak and not the Constitution. And I verily believe that it is what the country needs most to understand » (In: FREEDMAN, M. (ed.). *Roosevelt and Frankfurter: Their Correspondance, 1928-1945*. Boston: Little Brown, 1967, p. 383, cité par BERGER, Raoul. *Government by Judiciary*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977, p. 281 note 143).

O LUGAR DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA PRODUÇÃO DAS NORMAS: ESTUDO DA ATIVIDADE NORMATIVA DO CONSELHO CONSTITUCIONAL E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)

RESUMO

Analisa-se comparativamente a produção normativa do Conselho Constitucional Francês e do Tribunal Constitucional Federal Alemão, à luz de um olhar crítico acerca das abordagens, socio-política e normativista, feitas ao desempenho destas duas Cortes e do estudo de teorias que possam fundamentar este trabalho de construção jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade normativa. Conselho Constitucional. Tribunal Constitucional Federal.

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN RULEMAKING: AN ASSESSMENT OF THE ACTIVITY OF THE CONSTITUTIONAL COUNCIL AND OF THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)

ABSTRACT

The author comparatively assesses the rulemaking activity of the French Constitutional Council and of the German Federal Constitutional Court, from a

critical point of view regarding the sociopolitical and normativist outlooks often related to the performances of these Courts and the study of theories able to support this effort of building a case law.

KEYWORDS: Rulemaking activity. Constitutional Council. Federal Constitutional Court.

ALCANCES Y PERSPECTIVAS DE LA PREVENCIÓN Y DEL CONTROL SOCIAL COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL*

César Barros Leal**

1 Introducción. 2 La planeación y la acción estatal. 3 El ius puniendi y el Derecho Penal. La despenalización y la discriminación. El encarcelamiento. 4 Alcances y perspectivas de la prevención. 5 Alcances y perspectiva del control social. 6 Apuntes finales. Referencias bibliográficas.

RESUMO

El autor analiza el problema de la violencia urbana y el deber del Estado de ofrecer la seguridad para la sociedad, tarea que viene siendo negligenciada ultimamente. No es el caso de emplear medidas paliativas o de actuar con un discurso lleno de retórica, porque es clara la incapacidad de alcanzar resultados satisfactorios si no hay disposición política y sensibilización general para el problema. El crimen debe ser combatido con políticas criminales y sociales eficientes, de carácter eminentemente inclusivo, porque el crimen no es un problema exclusivo de seguridad pública.

PALABRAS-CLAVE: Inseguridad. Criminalidad. Política criminal. Represión. Prevención. Control social. Instrumentos ideológicos.

1 INTRODUCCIÓN

En el I Congreso Mundial de Seguridad Pública, Procuración y Administración de Justicia, llevado a efecto en el DF, en 2000, participé en un panel acerca de la delincuencia urbana y la seguridad pública de Brasil y México. Me acuerdo de haber señalado, a la sazón, que el crecimiento brasileño y mexicano

* A despeito do artigo não ser da lavra de autor estrangeiro, por razões de estética e organização, optamos por inseri-lo como "doutrina estrangeira", uma vez que a escritura do texto se deu originalmente em espanhol, em razão de conferência proferida pelo autor (Nota dos Editores). Conferencia impartida en el Congreso Internacional de Política Criminal y Prevención del Delito: Retos y Perspectivas de la Seguridad Pública. México, Guanajuato, 19-20 de mayo de 2005.

** Maestro en Derecho. Procurador del Estado de Ceará (Brasil). Miembro del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia. Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos.

no estaban siendo acompañados de una mejora generalizada de los indicadores sociales y que, en ambos países, la urbanización desgobernada, el envejecimiento progresivo de las condiciones de supervivencia, la miseria ominosa, el desempleo crónico, el bajo nivel de educación, el consumo y el tráfico de drogas, la lentitud en la impartición de la justicia, el colapso del sistema penitenciario y la impunidad dominante coadyuvaban en el incremento del crimen.

En Brasil como en México, los habitantes, amedrentados con la violencia omnipresente, viven angustiados, con recelo de salir a las calles, ante la creciente inseguridad que enfrentan en lo cotidiano. Pocos escapan de ser víctimas de un acto delictivo. De los que son, muchos quedan con secuelas irreversibles. Algunos cambian sus actividades y sus hábitos de vida, portan armas, crean grupos de vigilancia y, en último caso, de exterminio, mientras los ricos se esconden detrás de muros altos, blindan sus autos y contratan servicios de seguridad privada.

Uno se percata, con todo, que solamente existirá un mínimo de estabilidad si hubiere la garantía *erga omnes* de las condiciones elementales de vida, de calma, de bienestar. Ya se dijo que, sin ellas, no tendría sentido el propio Estado, puesto que la seguridad pública, en su concepto moderno, integral e incluyente (aquella prevista en numerosos documentos internacionales de derechos humanos y regida por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez, contenidos en el art. 21 de la Constitución mexicana) constituye una obligación primordial del Estado y es una condición básica para su existencia como nación.¹ En 2003, en el II Congreso de Prevención Criminal, Seguridad Pública, Procuración y Administración de Justicia, con el subtítulo “Una Visión del Presente y del Futuro a la Luz de los Derechos Humanos”, que organizamos en Fortaleza, Brasil, con la presencia de un elevado número de mexicanos, ya sea como participantes, ya sea como conferencistas, pulsé la misma tecla al precisar, en el discurso de inauguración, que es consensual el razonamiento de que no hay una solución mágica para la violencia, y que su contención no se hace sólo a través de medidas represivas, sino también mediante políticas públicas preventivas, de inclusión social, reformas de la legislación penal, procesal penal y de ejecución de la pena, así como el fortalecimiento de las defensorías, de los ministerios públicos y del poder judicial.

En aquel Congreso dejamos claro que la prevención ² no puede ser tratada de modo empírico, y albergar discursos engañosos que, en una retórica superficial, disimulan, de una parte, la inercia ante el avance de la violencia y la incapacidad de alcanzar resultados satisfactorios en tanto que no haya disposición política y sensibilización general y, de otra parte, una absoluta ineficacia en relación con los delincuentes habituales, profesionales, corruptos, estafadores y mafiosos.

No, señoras y señores, es de otra prevención – racional, solidaria, responsable – que nos cabe discutir ahora, en este recinto, en donde las palabras no pueden ser esgrimidas como someros instrumentos ideológicos de políticas criminales inconsistentes.

Ahora bien. Los años pasan y los problemas y desafíos se agrandan. Vemos, con gusto, en la agenda de esta reunión internacional, una sintonía con las ideas que descollaron en los dos Congresos mencionados, entre ellas la preocupación con el Estado Democrático de Derecho, cuya función principal es mantener el bien común, la paz pública³ y cuya vigorización se impone ante la criminalidad y la definición de una política criminal⁴ que no se contraponga a la política social⁵ ni tampoco sea fragmentada, y que esté atenta a los principios democráticos, a los derechos humanos y las garantías legales.

Es evidente que el control del delito (preventivo y reactivo), además de reclamar un conocimiento profundo de la realidad, ha de requerir del diseño de tácticas y alternativas para prevenir y afrontarlo, siendo menester, como se indica en los objetivos de este evento, delimitar los alcances y fines de la prevención en el rubro de la seguridad pública y, al mismo tiempo, evaluar la reacción punitiva del Estado ante los retos de la criminalidad moderna.

2 LA PLANEACIÓN Y LA ACCIÓN ESTATAL

Planteemos, como punto de partida, que la política criminal debe inexcusablemente estar subsumida en la *planeación del estado*, prevista en el artículo 26 constitucional, a saber:

El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.

Dentro de este marco se incluye la planificación específica del quehacer estatal en lo que respecta a programas de prevención y control contra el delito, con observancia de la dicción de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, promulgada el 8 de diciembre de 1995, según la cual la seguridad pública tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas y preservar las libertades, el orden y la paz públicos.

Las autoridades competentes alcanzarán esos fines por medio de la prevención, persecución y sanción de las infracciones y delitos, así como la reinserción social del delincuente y del menor infractor. Y al Estado incumbe combatir los múltiples factores que generan la comisión de delitos y conductas antisociales, desarrollando políticas, programas y acciones que fomenten en la sociedad valores culturales y cívicos que induzcan el respeto a la legalidad.

No es una tarea fácil, pues la criminalidad, particularmente la organizada, hace mucho tiempo traspasó la barrera de lo mínimo soportable y parece superar,

en su capacidad de audacia y actuación, la fuerza reactiva del Estado, obligado a renovarse continuamente en sus métodos y estrategias so pena de asistir, impotente, a la pérdida de la fe hacia las instituciones públicas (la policía, ante todo) y al triunfo concomitante de la inseguridad jurídica, del miedo y de la impunidad.

De ahí que todo discurso, en el ámbito de la seguridad pública, se vuelva vacío si no se apoya en medidas serias y objetivas como, por ejemplo:

- Planeación a corto, mediano y largo plazo. A pesar del hecho de que algunas providencias son actuales, urgentes – como el patrullaje cotidiano y la detención en flagrancia –, y no pueden demorarse, no pueden ser postergadas, puesto que la dilación sería fatal (y en ello muchas veces radican algunos de los lindes de la prevención), el énfasis nunca puede ser puesto en unas medidas cortoplacistas que adoptan criterios coyunturales para sus intervenciones y son por lo general improvisadas y punitivas;

- Unificación de la legislación. Carece de significado la existencia de 32 códigos penales diferentes, además del federal, y 32 leyes procesales más la federal;

- Inversiones en la infraestructura policial: compra de equipamiento (como chalecos de suficiente protección para evitar la muerte anunciada de centenas de policías, que pagan con sus vidas en el cumplimiento del deber⁶) y tecnologías avanzadas en los sistemas de emergencia; necesidad de células específicas, especializadas en ciertos delitos como es el caso del lavado de dinero;

- Mayor rigor en la selección y el entrenamiento de los policías, civiles, estatales y federales (cuyos salarios y prestaciones laborales tienen que ser, en definitiva, dignos y compatibles con la magnitud de sus funciones y la eficiencia, el profesionalismo y la confiabilidad que de ellos se exige),

- Intensificación del combate a la corrupción y de la tarea de depurar (mediante un control interno o externo) a los cuerpos policiales contaminados por miembros que adoptan una política bélica de mano dura, confunden autoridad con autoritarismo, practican arbitrariedades, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, se tornan bandidos y profanan su uniforme, siendo lamentable la participación de ex miembros de las unidades represivas estatales en el crimen organizado;

- Adiestramiento y profesionalización de las fuerzas policíacas en la investigación de crímenes financieros y electrónicos; no se puede estereotipar la criminalidad y concentrarse, en una visión reduccionista, sólo en los crímenes tradicionales, en los asaltos, los robos con violencia, los homicidios, las violaciones, los allanamientos de morada, los delitos callejeros contra la propiedad (algo que, indiscutiblemente, ha de ameritar siempre una especial atención, pero no prioritaria, como pretenden los *represivos*, los heraldos de las campañas de contenido alarmista, quienes cuentan para ello con los *mass media*); urge, por lo tanto, inhibir la delincuencia no convencional, la delincuencia

de cuello blanco, las infracciones contra el medio ambiente, etc., cada vez más descaradas, más virulentas y/o más tecnocratizadas, y cuyos tentáculos se extienden a las esferas de los poderes. Alessandro Baratta decía que

los delitos económicos y ecológicos, la corrupción, la desviación criminal de los órganos civiles y militares del Estado, la complicidad delictuosa de los detentadores del poder político y económico con las organizaciones del tipo mafioso, se suelen asumir en la discusión pública como problemas de orden moral y no como problemas de seguridad urbana;⁷

- Integración de las policías de los tres niveles del gobierno, con operaciones que involucren a sus diferentes corporaciones, evitando, como advierte Pedro José Peñaloza, “los roces y competencias mal entendidas entre las policías preventivas y judiciales”⁸;

- elaboración de mapas de la violencia urbana (indicando los sectores de riesgo, de elevada tasa delincencial) y de un banco fehaciente de datos criminales (un problema serio en América Latina, donde las estadísticas⁹ no existen o son poco o nada confiables);

- valorización de los consejos de seguridad, con el establecimiento de sistemas de denuncia ciudadana, con vistas a reducir las cifras oscuras, facilitando la identificación de criminales y detectando hechos que puedan atentar contra la seguridad, como ocurre con los secuestros organizados por pandillas;

- atención a las víctimas de los delitos (civiles y agentes policíacos) y protección a los testigos amenazados;

- reducción del uso de la detención preventiva y creación de nuevas vacantes en las prisiones.

3 EL IUS PUNIENDI Y EL DERECHO PENAL. LA DESPENALIZACIÓN Y LA DESCRIMINALIZACIÓN. EL ENCARCELAMIENTO

Es de vital importancia estar conciente de la trascendencia de una tarea que no se agota en las medidas aludidas, y que jamás debe conducir a la tendencia, al hechizo de rebasar límites del *ius puniendi*.¹⁰ En verdad, la simple agudización de la pena no es, consabidamente, el camino apropiado para el enfrentamiento del delito, sobre todo cuando puede engastar inconstitucionalidades y provocar violaciones a los derechos fundamentales, en especial de los inculpados, quienes disfrutaban de la presunción de inocencia.

Los estudiosos llaman la atención sobre los peligros de encarar la seguridad pública como un tema eminentemente penal y enfatizar el derecho penal de *primer ratio*, simbólico, del enemigo, responsable de la exacerbación de las normas

vigentes, como si fuera una respuesta eficaz a la criminalidad. Diríamos que es una falsa ilusión de paz social, de nación segura,¹¹ que se vende a una población atemorizada, apostando en una mítica capacidad disuasiva del sistema de justicia penal como instrumento de control, de profilaxis colectiva.

Mucho más imperiosa es la certeza de la aplicación – a todos, independientemente de su condición financiera – de la ley, puesto que en el mundo real lo que importa es el cumplimiento efectivo de la pena y no su dureza, tal y como nos enseñó Cesare Bonesana, marqués de Beccaria.

Para Sergio García Ramírez, actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

[...] el sistema penal – con su extenso ‘equipo’ de delitos, penas, tribunales, prisiones, etcétera – constituye el último recurso del control social en una sociedad democrática, a diferencia de que sea un recurso ampliamente recabado y practicado en una sociedad autoritaria, que utiliza de los instrumentos punitivos – amenazas y castigos– antes que otros medios para encauzar la conducta de los ciudadanos. El notable penalista Reinhart Maurach expresa esta idea con una expresión breve y directa: ‘en la selección de los recursos propios del Estado, el Derecho Penal debe representar la última *ratio legis*’; por ello ha de ‘encontrarse en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden público’.¹²

Así también piensa Alfonso Zambrano Pasquel:

Una auténtica democratización del control penal exige un derecho penal limitado y garantizador del respeto a los derechos humanos, así como una pena imponible como *la ultima ratio* y sólo en defensa de los bienes fundamentales.¹³

De ahí el convencimiento de la relevancia de la despenalización y la descriminalización de ciertas conductas, del énfasis en una intervención penal mínima (que refleje el carácter subsidiario del derecho penal) y de la necesidad de aplicar alternativas a la cárcel a los responsables de delitos de pequeño potencial ofensivo.

El encarcelamiento, además de dispendioso, es anacrónico y estéril. Los centros penitenciarios se han convertido en crisoles del crimen, espacios de hacinamiento y autogobierno donde los hombres se embrutecen y adquieren – en una convivencia forzada de primarios y reincidentes, reclusos provisionales

y sentenciados, delincuentes del fuero común y del fuero federal –, los hábitos, los contactos y las destrezas que habrán de afianzarles el retorno al delito tan pronto como sean excarcelados. En realidad, en los penales (que podrían estar mucho más saturados si fueran cumplidas miles de órdenes de aprehensión pendientes) se alega perseguir la prevención especial, terciaria, pero, en su gran mayoría, las cárceles no son otra cosa que sitios de entrenamiento de nuevas huestes del crimen, máxime del crimen organizado.

4 ALCANCES Y PERSPECTIVAS DE LA PREVENCIÓN

Es innegable el alcance de la prevención, “el más precioso de los elementos en que la Política criminal se apoya para considerar un plano de acción con mejores posibilidades de resultados en el enfrentamiento de la criminalidad”,¹⁴ en cualquiera de sus modalidades: primaria, secundaria o terciaria; general o especial; estatal, corporativa o comunitaria; individual o colectiva; social o situacional.¹⁵

La verdadera política criminal, de matiz preventivo, debe armonizarse con las demás políticas estatales (económicas, sociales, educativas, etc.) y con los términos de la Declaración de Caracas, elaborada en el Sexto Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de las Naciones Unidas, en Caracas, en el periodo del 25 de agosto a 5 de septiembre de 1980 (cuyo tema central fue “La Prevención del Delito y la Calidad de Vida”), en donde se reconoció “que todo programa de prevención del delito debe formar parte del proceso de planificación para el desarrollo”.

De igual modo, la reciente Declaración de Bangkok, del 11^o Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal, realizado del 18 al 25 de abril de 2005, por el gobierno de Tailandia (y que eligió como tema central “Sinergias y respuestas: alianzas estratégicas en materia del delito y justicia penal”), ha reforzado la imperiosidad de la postura preventiva. He algunas de sus conclusiones (8, 9, 10, 24, 29 y 34):

8. Estamos convencidos de que el respeto del imperio de la ley y la buena gobernanza y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos en los planos local, nacional e internacional son requisitos indispensables para la creación y el mantenimiento de un entorno en el que la delincuencia se pueda prevenir y combatir con éxito. Nos comprometemos a desarrollar y mantener instituciones de justicia penal justas y eficientes, lo que incluye el trato humano de todas las personas detenidas en centros de prisión preventiva y en establecimientos penitenciarios, de conformidad con las normas internacionales aplicables.

9. Reconocemos el papel de personas y grupos ajenos al sector público, como las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, en lo que respecta a contribuir a la prevención y a la lucha contra la delincuencia y el terrorismo. Promovemos la adopción de medidas para fortalecer ese papel en el marco del imperio de la ley.

10. Reconocemos que unas estrategias de prevención del delito amplias y eficaces pueden reducir significativamente la delincuencia y la victimización. Exhortamos a que esas estrategias aborden las causas profundas y los factores de riesgo de la delincuencia y la victimización y a que se sigan desarrollando y aplicando en los planos local, nacional e internacional, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las directrices de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito.

24. También estamos convencidos de que la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos y el imperio de la ley son esenciales para la prevención y el control de la corrupción, incluso, entre otras cosas, mediante medidas eficaces para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de esa índole. Además, reconocemos que para poner freno a la corrupción es necesario promover una cultura de integridad y rendición de cuentas tanto en el sector público como en el privado.

29. Procuraremos utilizar y aplicar, según proceda, las reglas y normas de las Naciones Unidas en nuestros programas nacionales de prevención del delito y reforma de la justicia penal y realizar los esfuerzos necesarios para garantizar su más amplia difusión. Procuraremos facilitar capacitación adecuada a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos los funcionarios de los establecimientos penitenciarios, los fiscales, los funcionarios judiciales y otros grupos de profesionales pertinentes, teniendo en cuenta esas reglas y normas y las mejores prácticas a nivel internacional.

34. Subrayamos la necesidad de considerar la posibilidad de adoptar medidas para prevenir la expansión de la delincuencia urbana, incluso mejorando la cooperación internacional y la capacidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los funcionarios judiciales en esta esfera y promoviendo la participación de las autoridades locales y la sociedad civil.

En estudio titulado “Reflexiones de la Política Criminal en México”, el Lic. José Días de León Cruz cita al Dr. Sergio García Ramírez:

La política criminal se convierte en capítulo de la política social... Un país cuya política social gira en torno al respeto de los derechos humanos de las personas y que hace esfuerzos por satisfacer las necesidades elementales de seguridad económica, social y sanitaria, tiene, por eso mismo, una política criminal preventiva.¹⁶

Imposible hablar de seguridad pública sin tener en cuenta la necesidad de enfrentar los retos impuestos, principalmente en los países en desarrollo, por la indigencia, el desempleo, las desigualdades de renta, la mengua de educación, la expansión desordenada de las ciudades (sin inversiones paralelas en el medio ambiente, la infraestructura, la renovación de sus espacios, etc.), el gran número de niños en situaciones de riesgo, las drogas y tantos otros factores exógenos de la delincuencia, tanto adulta como juvenil.

Al respecto, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), órgano formado por 54 miembros elegidos por la Asamblea General y encargado de coordinar la labor económica y social de las Naciones Unidas y de las instituciones y de los organismos especializados que conforman el sistema de las Naciones Unidas), en el párrafo 1 de sus Directrices para la Prevención de Delito, señala: “Hay indicios claros de que las estrategias de prevención del delito bien planificadas no sólo previenen el delito y la victimización, sino que también promueven la seguridad de la comunidad y contribuyen al desarrollo sostenible de los países.”

5 ALCANCES Y PERSPECTIVAS DEL CONTROL SOCIAL

Fundamental, en el ámbito de la prevención e igualmente de la represión (dos caras de la misma moneda,¹⁷ dos puntos que deben converger en una dirección que los coordine e impida ser conflictivos), viene a ser el control social, la participación resuelta y crítica del ciudadano, visto en el plano individual o colectivo (organizaciones no gubernamentales, veedurías, comités vecinales, etc.), al cual incumbe abdicar de su posición pasiva, autovictimizante (ya se dijo que “la función de seguridad pública se encuentra vinculada a la idea de participación”¹⁸) y disponerse a “prevenir, racionalizar, proponer, acompañar, sancionar, vigilar y controlar la gestión pública, sus resultados y la prestación de los servicios...”¹⁹ Eduardo Reale Ferrari y Janaína C. Paschoal, en brillante ensayo sobre la mejoría de políticas públicas y seguridad, puntualizan:

[...] nosotros no sólo somos blancos sino también actores y solución de la violencia. Somos blanco en el sentido de que ella alcanza a todos, directa o indirectamente; actores, puesto que somos responsables de la violencia social que, en gran medida, conduce al individualismo, a las desigualdades y, en consecuencia, al crimen; y somos, por fin, partes de la solución del problema, ya que pertenecemos a una sociedad pluralista

que no puede seguir fingiendo que la represión es la única respuesta a la cuestión de la criminalidad...²⁰

La sociedad – que necesita romper la muralla que la separa de la policía y despojarse definitivamente de su actitud ideológica “contradictoria y ambivalente en su requerimiento de seguridad”²¹ – no puede seguir huyendo de sus responsabilidades y asumir la posición cómoda y equivocada de entregar al Estado la tarea de seguridad como si fuera su menester exclusivo.

Éste ha sido el recado de Gerardo Luis Rodríguez Orozco, en Yuriria, el 02 de marzo de 2005:

Sólo con el trabajo coordinado entre autoridades y con la participación decidida de la sociedad se podrá combatir a la delincuencia, por lo que las autoridades deberemos redoblar los esfuerzos encaminados a ese fin.

Es preciso, así, desafiar y abandonar los viejos paradigmas, proponer nuevos modelos, reconceptualizar a la política criminal para que pueda efectivamente, desde una perspectiva solidaria, fundada en el control social y la prevención, ejecutar una tarea que es de todos: de las varias instancias del Estado y de una sociedad necesariamente participativa, invitada a colaborar a la delineación de las políticas públicas y en el planeamiento y control de la seguridad, vista en su dimensión plural e interdisciplinaria.

En este sentido, importa tener en cuenta las innumerables experiencias, a los niveles local, regional, nacional e internacional, que están siendo desarrolladas en distintos países del mundo con base en la participación comunitaria, en el empoderamiento ciudadano.

En el Congreso de Bangkok, a propósito, participamos en un Seminario sobre estrategias y prácticas óptimas para la prevención criminal, especialmente en relación con el crimen urbano y la juventud en riesgo (es decir, los que habitan zonas miserables y marginales, los niños de la calle, los miembros de bandas delictivas, los explotados en el consumo o tráfico de drogas o en el comercio sexual, los seropositivos o sidosos, lo que están en conflicto con la ley o son egresados de instituciones de internamiento).

La idea: incentivar la elaboración de respuestas, por parte de los distintos países, a la prevención delictiva.

El 23 de abril, tuvimos la oportunidad de escuchar el relato de representantes de Chile, Perú, Nigeria, Tanzania, Bélgica, Austria, Australia, Japón, República Checa, Inglaterra, Madagascar, Filipinas, etc. En todos los testimonios, un convencimiento: la participación de la comunidad, en el ámbito de la seguridad pública y la definición de una política criminal congruente con las realidades locales, es una exigencia de la modernidad.

Entre los programas presentados, elegimos 4 (cuatro), descritos (y reproducidos literalmente) en el documento de antecedentes distribuido en el Congreso de Bangkok:

- Chile: En 2000, el Ministerio del Interior de Chile inició el programa piloto Comuna Segura que, en 2005, se habrá establecido en 70 comunidades a nivel nacional. El programa brinda un marco y una estructura de financiación a proyectos comunitarios destinados a reducir la delincuencia en determinadas comunidades. Se reconoce que los ciudadanos son asociados importantes de sus municipalidades y de la policía. Se alienta la participación comunitaria mediante 'consejos comunales de seguridad ciudadana' y se elaboran planes que se aplican sobre la base de un diagnóstico cuidadoso.

Otras iniciativas nacionales son el programa de vecindarios seguros, iniciado en 2001, destinado a las zonas más vulnerables con problemas de drogas, y el Plan Cuadrante, iniciado en 1999, que se aplica con los carabineros y tiene por objetivo la colaboración entre la policía y la comunidad.

- Perú: El país ha empezado a reformar su policía y a responder al nivel cada vez más alto de inseguridad pública con un Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana. En el Sistema, establecido en 2003, se prevé la existencia de comités de seguridad ciudadana a nivel nacional, regional, provincial y local. Los comités a nivel local son multisectoriales: los preside el alcalde y sus demás miembros representan a la policía y el sistema judicial, así como a organizaciones sanitarias, educacionales y de la sociedad civil. Los comités hacen diagnósticos de la seguridad ciudadana a nivel local y aplican y evalúan sus planes de seguridad estratégicos. Los proyectos piloto de seis localidades han recibido financiación y asistencia técnica para realizar su diagnóstico de la problemática de seguridad ciudadana a nivel local. Los planes de seguridad estratégicos abarcan el mejoramiento de los espacios públicos y los parques, el establecimiento de programas para los jóvenes y para luchar contra el uso indebido de sustancias nocivas, y la aplicación de los reglamentos municipales. Se ha alentado a los comités a nivel local con un programa para obtener subsidios por concurso y con herramientas y se han evaluado los resultados.

- Reino Unido: En Gales e Inglaterra, en virtud de la legislación promulgada en 1988 (y enmendadas ulteriormente), las autoridades a nivel local y el jefe de la policía de cada una de las zonas deben colaborar entre sí y con los servicios de atención sanitaria y de bomberos para elaborar una estrategia destinada a reducir la delincuencia, la falta de seguridad y los problemas de drogas. Se han establecido más de 370 alianzas para la reducción de la delincuencia y la falta de seguridad. A intervalos de tres años, cada alianza debe realizar una auditoría de los problemas, consultar con los representantes de los intereses de la comunidad sobre sus preocupaciones, seleccionar prioridades, aprobar una nueva estrategia trienal, convenir en objetivos concretos y aplicar planes de acción. Se debe convenir también con el Gobierno en los objetivos para el periodo 2005-2008, a fin de asegurar que con la suma total de todos los

objetivos a nivel local se logren los objetivos nacionales de reducir la delincuencia en un 15% hasta 2008...

- Dar es Salaam: El programa Ciudades más Seguras en Dar es Salaam se estableció en 1997 para coordinar y fortalecer la capacidad local en materia de prevención del delito, en colaboración con los interesados y las comunidades a nivel local. Como resultado, se ha nombrado a un coordinador a nivel local y se ha establecido una oficina permanente en el concejo municipal, así como una red de coordinadores vecinales. Se han realizado auditorías de la seguridad de la mujer, y encuestas sobre la victimización y la delincuencia e inseguridad, para que constituyan la base de la elaboración de una estrategia de seguridad ciudadana. El programa se ha centrado en el cambio de actitudes con respecto a la delincuencia, promoviendo una cultura de adhesión a la ley. En respuesta al alto nivel de desempleo entre los jóvenes, el programa ha impartido formación profesional y ha organizado actividades culturales, lo que incluye la contratación y capacitación de jóvenes desempleados de la ciudad como guardias de seguridad nocturnos y una serie de proyectos de generación de ingresos y formación profesional para apoyarlos.

Son, de hecho, decenas las experiencias, algunas exitosas, otras no, en los cinco continentes: casas de jóvenes, comités de barrio, juntas vecinales, vigilantes de la vecindad, brigadas de seguridad, foros de seguridad y vigilancia, guardias de la ciudad, puntos de encuentro, tarjetas de señalización de quejas. ¡La creatividad es infinita!

En Brasil, los programas de participación comunitaria, en el ámbito de la seguridad pública, han sido frecuentes. Sobre dos de ellos escribieron José María Rico y Laura Chinchilla:

En Río de Janeiro, una ola de asesinatos de ‘niños de la calle’ perpetrados por policías y ampliamente denunciados dio lugar, a principios del decenio de los 90, a una serie de experiencias (por ejemplo, el programa *Policciamento de Bairro*), que culminó en 1994 con el lanzamiento de un programa de policía comunitaria, con la colaboración del movimiento Viva Río en lo referente a la movilización de la sociedad civil. Pero, diversos obstáculos —conflictos entre el gobierno estatal y la prefectura de Río de Janeiro— obligaron a limitar el programa al área de Copacabana. Aunque, de acuerdo con una evaluación llevada a cabo entre 1994 y 1995, sus principales logros fueron una reducción del número de asaltos y robos de autos y un aumento de la confianza en la policía, el programa ha sido objeto de serias críticas, entre ellas el carácter fluctuante y poco constante de la participación comunitaria, la falta de apoyo de otros organismos estatales involucrados y de coordinación entre todos, y otras relacionadas con la policía (oposición al programa de los policías tradicionales, precaria capacitación de

los policías participantes, falta de equipo, muy escaso margen de autonomía en sus actuaciones) y el movimiento Viva Río (los sectores de menores recursos percibían a esta entidad y a los Consejos como instituciones elitistas que, por una parte, beneficiaban a las clases más favorecidas y, por otra parte, seguían excluyendo y marginalizando a los sectores más pobres de la sociedad.”

Pese a la satisfacción de la comunidad con el programa, un nuevo comandante del servicio policial –un militar– le puso fin con la justificación de que para acabar con el delito se necesitaba más mano dura, implantando un sistema de recompensas por ‘valentía’, sobre todo para los policías que eliminaran a ‘sospechosos’...

En Belo Horizonte, la Policía Militar de Minas Gerais implantó en 2000 un programa de policía comunitaria mediante la creación de 25 Consejos Comunitarios de Seguridad, conformados por comandantes policiales y representantes de la prefectura, asociaciones de barrio y otras entidades. El principal objetivo de estos consejos era desarrollar programas de prevención del delito con la participación de la comunidad. La capacitación de los policías participantes en el programa se llevó a cabo en julio de 2000 mediante un curso de cinco días (una duración total de 40 horas) al que asistieron cerca de 400 personas. Durante el primer año de funcionamiento, las principales actividades consistieron en la asignación de más recursos humanos y materiales a la policía, la construcción de puestos policiales y la distribución en los comercios de adhesivos con el número de teléfono de dichos puestos.

Una primera evaluación del primer año del programa (agosto de 2000 a agosto de 2001) se realizó gracias a entrevistas con policías y líderes comunitarios, la participación en las reuniones de los consejos y el análisis de las estadísticas criminales y otras fuentes de información. Entre los resultados preliminares merecen destacarse: el funcionamiento de los consejos, aunque con un nivel de participación y representatividad de la comunidad bajo o medio; la escasa autonomía de la sociedad civil con respecto a los comandantes de policía y la poca capacidad para fiscalizar las actuaciones de este organismo; una débil capacidad para la elaboración de planes estratégicos; la rotación policial; el apoyo de los mandos superiores de la policía; un adecuado conocimiento por parte de éstos del programa, aunque mucho menor en los simples agentes; una disminución de los delitos violentos; y la poca confianza de la población en la policía, que se traduce en el escaso número de denuncias.²²

Otros Estados brasileños han intentado, a menudo de forma discontinua, una tímida participación ciudadana, liderada en regla por la secretaría de seguridad pública o la policía militar.²³ La intervención de la sociedad civil ha sido raquítica, precaria, restringida y sufre la resistencia de sectores de la policía que no ven con buenos ojos las aportaciones advenedizas resultantes de la política de proximidad y su nexa con los derechos humanos

Los casos de Río y Belo Horizonte son emblemáticos, en la medida en que demuestran la necesidad de una acción integrada y duradera. Sin fondos, autonomía, autoevaluación, mano de obra capacitada y una cultura consolidada de ciudadanía y cooperación de las autoridades, serán siempre pasajeros y mínimos los efectos y sólo contribuirán para defraudar las expectativas de quienes sueñan con una sociedad más segura.

En cuanto a México, concretamente el Distrito Federal, de acuerdo con los relatos de José María Rico y Laura Chinchilla,

[...] los gobernantes del Partido de la Revolución Democrática, que llegaron al poder en las elecciones de 1997 y de 2000, han desarrollado y aplicado estrategias encaminadas a activar la participación ciudadana a través de los comités vecinales... Una de las primeras medidas de las nuevas autoridades – en particular de la Secretaría de Seguridad Pública – fue la creación, a partir de la estructura básica del D.F. (Unidades Territoriales y Comités Vecinales), de las Coordinaciones Territoriales de Seguridad Pública y Procuración de Justicia en las 16 delegaciones de la zona, cuya misión esencial es la lucha y prevención conjuntas de la delincuencia, la aplicación de la justicia con un enfoque integral, la consolidación de los programas de participación ciudadana y la aprobación de una Ley de Participación Ciudadana (de acuerdo con la cual la colonia, el barrio, el poblado o la unidad habitacional son espacios territoriales destinados a desarrollar y fortalecer la vida asociativa y los procesos generadores de ciudadanía).²⁴

Seguramente los estados mexicanos han desarrollado sus propias experiencias que serán presentadas y discutidas en las conferencias y paneles de este Congreso Internacional de Política Criminal y Prevención del Delito.

Agréguese que en Bangkok, fuera del Seminario al que asistimos, se presentaron, también, en publicaciones repartidas al público, otros modelos de prevención que están siendo adoptados por diversos países.

En el examen de dichos modelos, una nueva advertencia: cada pueblo tiene sus peculiaridades y no siempre los modelos extranjeros, sobre todo de países avanzados en esta área, que dan resultado en otras latitudes, son aplicables con éxito en otras partes, por distintas razones.

Hay que definir, sin lugar a dudas, vías propias de acción, previa una diagnosis de la criminalidad. “Tendremos que ser creativos para responder a condiciones específicas”, en las palabras del Secretario de Seguridad Pública Federal, Ramón Martín Huerta, en la inauguración del Congreso Nacional de Prevención Social del Delito, en México, DF, el 16 de febrero de este año de 2005.

Es imperativo tener conciencia de los límites impuestos por las estructuras sociales en que se pretende actuar. Por ejemplo: en los barrios deteriorados, pauperizados, reconocidamente críticos, en donde la población tiene pocas posibilidades de ascensión y el abandono está presente, desnudo, en la suciedad de las calles, en la ausencia de iluminación pública, en la actuación de las pandillas, en el vandalismo, no basta la existencia de una conciencia y una disposición de la colectividad; mucho más que eso, hay que mejorar el ambiente físico, las condiciones sociales, despertar de nuevo el sentimiento de seguridad; de no ser así, las perspectivas de cambio son prácticamente nulas.

Además, la defensa del alcance y de las perspectivas del control social y de la prevención (en el ámbito socioeconómico, educacional, etc.) no puede ser ciega y desconsiderar las medidas represivas. Prevención y represión componen un binomio indisoluble, que debe orientar, por su complementariedad, a las políticas públicas.

6 APUNTES FINALES

La cuestión –que, por su complejidad, no puede enmarcarse en los límites de una política estatal ni tampoco sexenal–, demanda la comprensión nuestra de que:

- las pautas que simplistamente apuntan la seguridad pública como un problema policial,²⁵ operativo y menoscaban las medidas preventivas, priorizando los esquemas de mera vigilancia y castigo, han sido predominantes en las últimas décadas, pero han resultado frustrantes, ineficaces;

- las experiencias foráneas, en la esfera del Estado y de la sociedad, deben ser objeto de atención cuidadosa y exentas de barniz ideológico; un ejemplo oportuno es la política de *tolerancia cero* que se adoptó en Nueva York y fue copiada en algunos países en desarrollo. Si para muchos es una o la respuesta, para otros es vista con reserva²⁶ por distintas razones, entre las cuales se incluyen los gastos excesivos en vigilancia (inclusive con la contratación de personas sin experiencia), la restricción de libertad de los ciudadanos (más detenciones, obviamente de negros y latinos), sin olvidar las especificidades de la metrópoli norteamericana. Se arguye que otras ciudades obtuvieron resultados semejantes sin tantas inversiones como San Diego, en California, y que la policía neoyorquina, buscando llenar cuotas y asegurar cifras delictivas cada vez menores, se tornó más intolerante.

- la verdadera política criminal o criminológica ha de orientarse, en busca de una sociedad más ecuánime, hacia la reducción de la pobreza,²⁷ del

desempleo, del subempleo, de los bajos niveles de educación, así como la mejoría del saneamiento básico, de la vivienda, de las condiciones de los vecindarios y comunidades, etc;

- en los jóvenes, principalmente los marginados, deben centrarse buena parte de los proyectos que los incentive a ocupar el tiempo en actividades productivas y a escapar de los opeles de la delincuencia.

- el respeto a la ley y a los derechos humanos es inherente a este ideario; no se puede entender una política de seguridad que no sea coherente con la legalidad y las garantías constitucionales, un razonamiento que se aplica también a los reclusos, a quienes se debe ofrecer un tratamiento mejor, más humano;

- el estímulo al empleo de modelos de mediación de conflictos, de conciliación entre víctima y victimario, de compensación por daños causados es imprescindible para reducir las tensiones sociales; iniciativas como la Justicia Restaurativa y Justicia Terapéutica deben ser apoyadas;

- la sociedad necesita salir de su indiferencia, de su apatía, de su desinformación (de costo demasiado alto) y conocer programas, prácticas y estrategias, sobre todo de alcance local, tomando parte activa, o mejor dicho, proactiva, corresponsable, en la definición de políticas públicas de matiz preventivo (de enfoque social y situacional) y represivo, con énfasis en los factores y las áreas de riesgo;

- sociedad y gobierno deben asegurar, en un clima de mutua confianza, un diálogo de consenso, un nuevo pacto social, con miras a la construcción del nuevo tiempo, a que me he referido inicialmente;

- el eventual fracaso de algunos modelos de seguridad ciudadana, vista con reticencia en varios países de América Latina (muchas veces ha sido usada, de forma ambigua y distorsionada, como instrumento de legitimación de la policía), no debe ser motivo de desilusión, de descrédito en la capacidad de renovación, de mudanza;

- expresiones más abarcadoras como “seguridad de los habitantes” o “desarrollo humano sostenible” son bienvenidas²⁸, puesto que estimulan la reflexión sobre la importancia y la amplitud de la cuestión planteada.

Todo ello conduce a un homenaje final a la seguridad perdida, a la seguridad extraviada: a un pasado, lejano (y, sin embargo, aún presente en algunos lugares), cuando nos era permitido andar por las calles, a horas tardías de la noche, sin recelo de ser asaltados, de ser molestados por carteristas que nos llevaran el bolso o la billetera, un pasado, en fin, que tenemos la obligación de rescatar, no sólo por nosotros, sino también por nuestros hijos y nietos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. Delito y seguridad de los habitantes*. México, DF: Editorial Siglo XXI, 1997.

CHINCHILLA, Laura y RICO, José María. *La prevención comunitaria del delito: perspectivas para América Latina*. Miami: Centro para la Administración de Justicia, 1997.

DAVID, Pedro R. *Globalización, prevención del delito y justicia penal*. Buenos Aires: Editorial Zavalia, 1999.

DELLA CUNHA, Djason B. Política criminal y seguridad pública. *Revista del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia*, Mexico:DF, n. 15, ene./jun. 2001, v. 1.

FERNÁNDEZ, José Antonio González. La seguridad pública e México. In PEÑALOZA, Pedro José (dir.). *Los desafíos de la seguridad pública en México*. México, DF: Universidad Iberoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, Procuraduría General de la República, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale; PASCHOAL, Janaína C. Ficção x Realidade: um pequeno ensaio sobre a otimização de políticas públicas e segurança. In: BARROS LEAL, César y PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Org.). *A violência multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GALINDO, Antonio Sánchez. Control social y ejecución penal en México (pasado inmediato y perspectivas futuras). *Revista del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia*, Mexico: DF, n. 14, jul./dic. 2000, v. 1.

GASSIN, Raymond. *Criminologie*. Paris: Dalloz, 1990.

NUÑES, René Yebra. Política criminal: eje rector en el control de la delincuencia. *Revista del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria*, Brasilia, n. 15, ene./jun., v. 1, 2001.

OCHOA, Gerardo. Contra la delincuencia juvenil, prevención general. In BARROS LEAL, César Oliveira de. *Violencia, política criminal y seguridad pública*. México, DF: Instituto Nacional de Ciencia Penales.

PASQUEL, Alfonso Zambrano. *Derecho penal, criminología y política criminal*. Buenos Aires: Editorial Desalma, 1998.

PEÑALOZA, Pedro José. *Notas graves y agudas de la seguridad pública*. México, DF: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

PEÓN, Nelia Tello; FALLA, Carlos Garza. El modelo 'Comunidad Segura': una propuesta para combatir la inseguridad. In MEDRANO, Marcia Muñoz de Alba. *Violencia social*. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

PIERINI, Alicia. La seguridad en el nuevo contexto nacional y mundial. *Hechos y Derechos: Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos*, Buenos Aires, n. 4, 1977.

RAMÍREZ, Sergio García. En torno a la seguridad pública. In PEÑALOZA, Pedro José (dir.). *Los desafíos de la seguridad pública en México*. México, DF: Universidad Iberoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, Procuraduría General de la República, 2002.

RICO, José María. CHINCHILLA, Laura. Seguridad ciudadana en América Latina. México, DF: Siglo Veintiuno Editores, 2002.

RUIZ, Samuel González, PORTILLO, Ernesto López V. y YAÑEZ, José Arturo. *Seguridad Pública en México: Problemas, Perspectivas y Propuestas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

VÁZQUEZ, Bernardo Romero. Las estrategias de seguridad pública en los regímenes de excepción: el caso de la política de tolerancia cero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 8, n. 29, jan./mar. 2000.

¹ De ese modo nos enseña RUIZ, Samuel González, PORTILLO, Ernesto López V. y YAÑEZ, José Arturo (in *Seguridad Pública en México: Problemas, Perspectivas y Propuestas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 16.). Léase, también: “Debemos entender a éste como uno de los más graves problemas a nivel nacional; un escenario social de inseguridad pública generalizada puede constituirse, por qué no decirlo, en condición de inviabilidad para todo modelo de desarrollo y bienestar social. Por ello, las posibles salidas al problema deben ser planeadas desde una *óptica integral*, que tome en cuenta todos los aspectos que en él intervienen y que permita generar propuestas, incluso cuando así lo amerite, de importantes transformaciones estructurales.” (Ídem, p. 15). En el mismo sentido: “No, es un problema integral. Las policías son sólo una parte del problema de la seguridad. Para encontrar respuestas hay que buscar las causas. Existen estudios que sientan premisas válidas para entender por qué en América Latina en los últimos años se ha dado un crecimiento de la violencia común. Hay causas de naturaleza social, algunas vinculadas a la forma en que algunas instituciones públicas se organizan y se relacionan. También disfuncionalidades en la forma en que algunas instituciones públicas operan. No hay una respuesta única, pero creo que la respuesta a la violencia debe venir desde distintos sectores: gubernamentales y de la sociedad civil.” (Entrevista en Internet, hecha por APIOLZA, Martín a CHINCHILLA, Laura, investigadora, diputada y ex ministra de Seguridad de Costa Rica).

² Sobre el concepto de prevención: “Desde un punto de visto científico, puede decirse que se entiende por prevención el conjunto de medidas de política criminal – con la exclusión de las medidas de intervención penal – que tienen por finalidad exclusiva – o al menos parcial – limitar la posibilidad de aparición de actividades criminales, haciéndolas imposibles, más difíciles o menos probables.” (GASSIN, Raymond. *Criminologie*. París, Dalloz, 1990, p. 713.) Es de DAVID, Pedro R. esta frase lapidaria: “Prevenir es difícil, pero es la única posibilidad.” (in *Globalización, Prevención del Delito y Justicia Penal*. Buenos Aires, Editorial Zavalia, p. 57)

³ “Para nosotros es importante subrayar que la idea de seguridad pública está ligada a la protección de la paz pública, de tal manera que puede ser conceptualizada, desde el punto de vista objetivo, como el conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas, que tienden a garantizar la paz pública a través de la prevención y represión de los delitos y de las faltas contra el orden público, mediante el sistema de control penal y el de policía administrativa. Esta concepción amplia de la seguridad pública, que incorpora las actividades de procuración e impartición de justicia, es sostenida también por Eugenio Raúl Zaffaroni.” (Ídem, p. 49)

⁴ Léase también: “La expresión política criminal surgió, en 1803, asociada al nombre del profesor alemán Feuerbach, como sinónimo de teoría y práctica del sistema penal designando ‘el conjunto de los procedimientos represivos a través de los cuales el Estado reacciona contra el crimen.’ Aunque, en 1975, en sus *Archives*

de *Politique Criminelle*, Marc Ancel resalta la autonomía de la política criminal en relación con el derecho penal, proponiéndola como 'ciencia de la observación' o de 'estrategia metódica de la reacción anticriminal', cuya actuación consistiría en la 'reacción, organizada y deliberada, de la colectividad contra las actividades delictuosas, desviantes o antisociales', el sentido feuerbahiano del término 'política criminal' siguió siendo usado por varios autores contemporáneos, especialmente los de lengua inglesa." (DELLA CUNHA, D Jason B. Política Criminal y Seguridad Pública. In *Revista del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia*. Volumen 1, Número 15, enero a junio de 2001, p. 31).

⁵ "La contraposición entre política de seguridad y política social no es lógica sino ideológica, y no sirve para esclarecer sino para confundir relaciones conceptuales elementales, que están en la base del sistema de las normas y de los principios propios de las constituciones de los estados sociales de derecho. Esto, en general, es verdadero, pero llega a producir efectos particularmente graves cuando aquella alternativa está aplicada a la política criminal. El concepto de política criminal, en razón de estos efectos, además de ser complejo y problemático, se convierte incluso en un concepto ideológico." (BARATTA, Alessandro. *Política Criminal: Entre la Política de Seguridad y la Política Social. Delito y Seguridad de los Habitantes*. México, DDF, Editorial Siglo XXI, 1997, p. 2 de la versión en Internet, archivo <http://www.wjin.net/Pubs/2518.doc>).

⁶ "...México es el único país de América Latina donde en enfrentamientos mueren muchos más policías que presuntos delincuentes." (PEÑALOZA, Pedro José. *Notas Graves y Agudas de la Seguridad Pública*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 96).

⁷ BARATTA, Alessandro, in PIERINI, Alicia. La Seguridad en el Nuevo Contexto Nacional y Mundial. In *Hechos y Derechos, Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos* n. 4, 1977. Buenos Aires: Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales, Ministerio del Interior, p. 32.

⁸ PEÑALOZA, op. cit., p. 26.

⁹ Así lo manifestó René Yebra Núñez: "Ante el incremento de la criminalidad es menester desarrollar un sistema de información estadística en material criminal que permita capturar, analizar y presentar la misma, en moldes oportunos y confiables, a los órganos competentes, para fundar la toma de decisiones. De tal manera que para estudiar el fenómeno delictivo hay que contar con datos estadísticos que incluyan las variables necesarias a efecto de realizar un análisis criminológico completo... (Política Criminal, Eje Rector en el Control de la Delincuencia. In *Revista del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria*. Volumen I, Número 15, Enero a Junio. Brasilia, Ministerio de Justicia/CNPCR, 2001, p. 139).

¹⁰ Afirma GALINDO, Antonio Sánchez, en su artículo "Control Social y Ejecución Penal en México (Pasado Inmediato y Perspectivas Futuras)": Zugaldía dice que es necesario un derecho penal como sistema normativo de control social. Este autor hace hincapié en la naturaleza selectiva y discriminatoria que se lleva a cabo en el control social por conducto del *ius puniendi*. Bacigalupo, en su tratado, admite que el derecho penal es un instrumento de control social, pero no es el único." (*Revista del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia*. Volumen 1, Número 14, julio a diciembre de 2000, p. 40)

¹¹ Sobre este particular: "Una nación segura, una comunidad estatal segura, una comunidad segura, son metáforas que bien pueden representar la situación de todas las personas singulares en los diversos ámbitos territoriales; pero no lo hacen porque son metáforas incompletas, metáforas ideológicas. En tanto ideológicas traen consigo hábitos mentales selectivos, largamente representados en la opinión pública al igual que en el discurso de los juristas, cuando opinión pública y juristas utilizan el concepto de seguridad en relación con el de política criminal o del política *tout court*. En este caso, la mayor parte de los territorios de riesgo permanecen siempre sustraídos de la economía de la seguridad. Se habla de de seguridad pública, y hoy incluso de seguridad ciudadana, siempre y solamente en relación con los lugares públicos y de visibilidad pública, o con un pequeño número de delitos que entran en la así llamada criminalidad tradicional (sobre todo agresiones con violencia física a la persona y al patrimonio), que están en el centro del estereotipo de criminalidad existente en el sentido común y son dominantes en la alarma social y en el miedo de la criminalidad..." (BARATTA, op. Cit., p. 3 de la versión en Internet, archivo <http://www.wjin.net/Pubs/2518.doc>)

¹² RAMÍREZ, Sergio García. En torno a la Seguridad Pública. In *Los Desafíos de la Seguridad Pública en México*. PEÑALOZA, Pedro José et al. México, Universidad Iberoamericana/Universidad Nacional Autónoma de México/Procuraduría General de la República, 2002, p. 89.

¹³ PASQUEL, Alfonso Zambrano. *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1998, p. 3.

¹⁴ NÚÑEZ, op. cit., p. 143.

¹⁵ “Más recientemente, sin duda con un afán de simplificación, se distingue entre prevención social (acciones que apuntan a la neutralización de los factores de la delincuencia) y situacional (la cual agrupa todas aquellas medidas que puedan dominar el entorno inmediato del delito mediante la disminución de las situaciones precriminales que favorecen la comisión del delito y el incremento de las posibilidades de captura de los infractores).” (GASSIN, Raymond. *La Notion de Prévention de la Criminalité*, citado por CHINCHILLA, Laura y RICO, José Ma. *La Prevención Comunitaria del Delito: Perspectivas para América Latina*. Miami, Centro para la Administración de Justicia, 1997, p. 18).

¹⁶ “Más recientemente, sin duda con un afán de simplificación, se distingue entre prevención social (acciones que apuntan a la neutralización de los factores de la delincuencia) y situacional (la cual agrupa todas aquellas medidas que puedan dominar el entorno inmediato del delito mediante la disminución de las situaciones precriminales que favorecen la comisión del delito y el incremento de las posibilidades de captura de los infractores).” (GASSIN, Raymond. *La Notion de Prévention de la Criminalité*, citado por CHINCHILLA, RICO, op. Cit., p. 18).

¹⁷ Véase, sobre ello: “No, no tenemos que ser ingenuos. También hay que castigar. Tenemos que reconocer que la facultad punitiva tiene problemas. Hay países como El Salvador o Guatemala donde el porcentaje de homicidios esclarecidos es menor del 10 por ciento. En una sociedad donde no importa a quién maten, nunca se va a saber quién lo hizo, la gente seguirá matando de manera impune. Hay que prevenir y castigar al mismo tiempo. Pero a la hora de castigar, no podemos volver a los esquemas del pasado con policías militarizadas. Hay que sujetar el funcionamiento de las policías al debido proceso y garantías estipuladas por los códigos.” (Entrevista en Internet, hecha por APIOLAZA, Martín a CHINCHILLA, Laura, ya citada).

¹⁸ FERNÁNDEZ, José Antonio González. *La Seguridad Pública e México*. In *Los Desafíos de la Seguridad Pública en México*. PEÑALOZA, Pedro José et al. México, Universidad Iberoamericana/Universidad Nacional Autónoma de México/Procuraduría General de la República, 2002, p. 126. Léase asimismo: “Es obvio que las directrices de una política criminal de seguridad pública, en una sociedad democrática donde impera ‘el principio de legalidad’, deben consistir en asegurar la incolumidad física, la protección de los bienes jurídicamente tutelados, el orden y la tranquilidad de los ciudadanos en general. Para ello, deben ser criadas estrategias extrapenales de seguridad pública que permitan una participación más amplia de la comunidad en el control de la criminalidad, ante todo en los procedimientos de prevención criminal.” (DELLA CUNHA, op. cit., p. 45.)

¹⁹ En cuanto al tema: “El Control social es el derecho y el deber que tiene todo ciudadano considerado individual o colectivamente para prevenir, racionalizar, proponer, acompañar, sancionar, vigilar y controlar la gestión pública, sus resultados y la prestación de los servicios públicos suministrados por el Estado y los particulares, garantizando la gestión al servicio de la comunidad. El control social se puede entender también como una forma de autorregulación social.

Este derecho define el papel de la participación social en los asuntos públicos, consagrándolo como principio y deber en ejercicio por parte de los ciudadanos y como obligación por parte del Estado en garantizarlo.

Dentro del marco de Estado social de derecho, se propicia una búsqueda de participación ciudadana y comunitaria en los asuntos del Estado y una nueva manera de ejecutar los recursos públicos. De esta forma, el nuevo Estado demanda un nuevo ciudadano y una nueva comunidad donde hay espacios de concertación y debate colectivo y público que propenden por una adecuada y transparente gestión pública y donde la labor del funcionario público se entiende como servicio al ciudadano y a la comunidad.” (<http://www.ichf.gov.co/espanol/control-social.htm>, el 04.21.2005)

Es importante, sin embargo, considerar lo siguiente: “Una revisión de las tendencias en cuanto a la delincuencia y las iniciativas de seguridad ciudadana en América Latina requiere un examen, aun cuando sea somero, de la evolución comparativa de la criminalidad en la región y de los patrones de desempeño de las instancias de control social, en particular de aquellas de naturaleza formal, representados por el aparato estatal, así como de las percepciones de la población sobre dicho desempeño. Ello se debe a que la cuestión fundamental de la seguridad ciudadana, esto es, la previsibilidad y el ajuste frente a las situaciones de amenaza y lesión que representan las infracciones más graves de las reglas de convivencia social, supone definiciones, actitudes y respuestas respecto a lo que se considera amenazante y lesivo. Estas respuestas, por otro lado, se encuentran en buena parte a cargo del sistema de justicia penal.” Más adelante: “El cuadro general que ofrece esta reseña indica que el espacio del control social formal, representado por el aparato estatal de justicia, es disputado, desafiado e incluso sustituido al margen de la legalidad formal, en el contexto de América Latina. Una aproximación a la seguridad ciudadana no puede ignorar esta realidad y debe analizar el papel de la legitimidad acordada a las agencias estatales en esta materia.” (GABALDÓN, Luis Gerardo. *Seguridad Ciudadana y Control del Delito en América Latina*, p. 4. www.nuevasoc.org.ve)

²⁰ FERRARI, Eduardo Reale y PASHOAL, Janafna C. Ficção x Realidade: Um Pequeno Ensaio sobre a Otimização de Política Públicas e Segurança. In: *A Violência Multifacetada: Estudos sobre a Violência e a Segurança Pública*. BARROS LEAL, César y PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Organizadores). Belo Horizonte, Editorial Del Rey, 2003, p. 125.

²¹ PIERINI, op. cit., p. 29.

²² RICO, José María y CHINCHILLA, Laura. Seguridad Ciudadana en América Latina. México, Siglo Veintiuno Editores, 2002, p. 53-54.

²³ En Ceará, Brasil, el Decreto n. 25.293, del 11 de noviembre de 1998, creó, en el ámbito de la Secretaría de Seguridad Pública y Defensa Social, los consejos comunitarios de defensa social, compuestos, cada uno de ellos, por 10 a 20 miembros, con el objeto de participar, activamente, en la solución de los problemas de seguridad, apoyando a la Secretaría.

²⁴ RICO; CHINCHILLA, op. cit., p. 71.

²⁵ “El enfoque puramente policial como eje de las políticas públicas para satisfacer el derecho fundamental a la seguridad ha mostrado, con los años, su desgaste y su fracaso. Estamos convencidos de que la seguridad debe ser un servicio a la ciudadanía, un servicio al que todos – sin distinción social, económica o política – debemos tener derecho, porque la seguridad no se compra, sino que es obligación del Estado proporcionarla a sus gobernados.” (Extraído del libro *El Partido Acción Nacional: Frente a la Seguridad Ciudadana, la Justicia y los Derechos Humanos*. México: Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2002, p. VII)

²⁶ A este respecto: “El descuido y la incuria conducen al delito, que es más frecuente donde la propiedad es dañada con frecuencia. Phillip Zimbaro, en 1969, dejó abandonados dos autos iguales sin placas. Uno en el Bronx, zona altamente conflictiva de la ciudad de Nueva York, y otro en Palo Alto, en ese entonces un lugar bastante tranquilo, en California. El primer autor había perdido llantas, motor, radio y espejos en unas horas. Al día siguiente, las vestiduras habían sido destrozadas a navajazos. El segundo pasó intacto una semana, pero en cuanto el mismo Zimbaro le rompió una ventanilla, corrió la misma suerte. Por lo tanto, una propiedad dañada empieza a ser vandalizada en cuanto a nadie parece importarles su destino.

James Q. Wilson y George L. Kelling escriben en marzo de 1982 ‘Broken Windows’, en *Atlantic Monthly*, y dicen que ‘si el vidrio de una ventana está roto y nadie lo repara, pronto estarán rotos todos los demás.’ La moraleja es que el descuido da la impresión que a nadie le importa la propiedad y ésta comienza a ser dañada. Éste es el principio de la Tolerancia Cero, usada por William Bratton en Nueva York, comisionado de policía durante 1994 y 1995. La estrategia de tolerancia cero, basada sobre todo en perseguir los pequeños delitos para así acabar con los grandes, fue tan exitosa que logró abatir el crimen en un 40 por ciento en promedio.

Hay detractores y sofistas, como siempre. Algunos dicen que ‘la tolerancia cero ha disminuido la delincuencia común en 50 por ciento’, al tiempo que ha incrementado los delitos policiales en un 50 por ciento’, pero aquí encontramos la falacia de las proporciones, que nunca son un vehículo para estimar lo que realmente pasa cuando una cifra se compara con otra, sobre todo si una aumenta y la otra disminuye...” (OCHOA, Gerardo. Contra la Delincuencia Juvenil, Prevención General. In BARROS LEAL, César Oliveira de. *Violencia Política Criminal y Seguridad Pública*. México, Instituto Nacional de Ciencia Penales, p. 211).

Aún sobre tolerancia cero: “En todo caso, las estrategias represivas, dentro del esquema de ‘tolerancia cero’ en contra de la delincuencia, no han sido efectivas y por lo tanto no se justifican. Mas aún, no solamente son inútiles tales estrategias, sino que propician excesos e impunidad por parte de los cuerpos policíacos, por lo que se vuelven motivo de inseguridad para todos los ciudadanos. Esto se pone en evidencia con la violencia e impunidad que acompañan a las redadas de las policías.” (VÁZQUEZ, Bernardo Romero. Las estrategias de seguridad pública en los regímenes de excepción: el caso de la política de tolerancia cero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 8, n. 29, jan./mar. 2000, p. 102)

²⁷ “La plataforma electoral del PRD para el Distrito Federal que presentó en su campaña política para acceder a la jefatura de gobierno Andrés Manuel López Obrador, sostiene en el capítulo V referido a ‘Seguridad Pública, procuración e impartición de justicia’, la siguiente tesis: ‘la solución de fondo al problema de la delincuencia pasa por combatir la pobreza que socava la cohesión de la familia e induce a la delincuencia.’

Se trata a todas luces de una tesis muy discutible, sobre todo cuando asocia pobreza y delincuencia, ya que, como bien lo señalan Pedro José Peñaloza y Felipe Espinoza Torres, ‘no resiste al menor análisis y confrontación con la realidad al no poder explicar por qué no todos los pobres son delincuentes y, en cambio, por qué se genera la delincuencia entre los estratos económicos altos; o por qué el delito ha aumentado en los países desarrollados en las épocas de mayor prosperidad y mejor seguridad social; o por qué no se establece una

relación directa de los índices delincuenciales con los niveles de empleo o por qué en algunos países de América Latina los mayores índices de violencia se encuentran en las ciudades de mayores ingresos'. Cf. Peñaloza, Pedro José, Espinoza Torres, Felipe, 'Los desafíos de la prevención del delito en América Latina', *Este País*, México, núm. 116, noviembre de 2000, p. 4. El señalamiento anterior no quiere decir por supuesto que no valoremos la prioridad que debe tener el combate a la pobreza; al contrario, es evidente que cualquier propuesta de un nuevo 'pacto social' lo tiene que poner en el centro; lo que queremos señalar es que para hacer frente al problema de la inseguridad no es suficiente y probablemente resulta irrelevante disminuir el número de pobres." (PEÓN, Nelia Tello; FALLA, Carlos Garza. El modelo 'Comunidad Segura': una propuesta para combatir la inseguridad. In MEDRANO, Marcia Muñoz de Alba. *Violencia social*. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p.109)

²⁸ Con referencia a ello: "Elías Carranza, 'Situación del delito y de la seguridad de los habitantes en los países de América Latina, en Carranza, coordinador, pp. 23-49, en especial, p. 24, así como los informes presentados en el Seminario de expertos sobre 'Iniciativas de seguridad pública en las Américas', ya citado, celebrado en San José en enero de 2001. En su declaración final, después de indicar la importancia de abordar las formas tradicionales de criminalidad, lo que 'no implica desconocer la gravedad de otros delitos con frecuencia impunes, tales como los de corrupción, delincuencia económica transnacional y tráfico ilícito de drogas', se señala que 'un concepto verdaderamente amplio y comprensivo de seguridad de los habitantes debe comprender no sólo la tranquilidad de no ser víctima de hechos delictivos, sino también la de vivir en un estado constitucional de derecho, y la participar de los beneficios del desarrollo en materia de salud, educación vivienda, recreación y todos los ámbitos del bienestar social. Este concepto no es otro que el de desarrollo humano sostenible, que tiene la equidad como principio." (RICO; CHINCHILLA, op. cit., p. 88)

PERSPECTIVES OF PREVENTION AND SOCIAL CONTROL AS CRIMINAL POLICY INSTRUMENTS

ABSTRACT

The author tackles the issue of urban crime and the duty of the State to offer public security, an important task which has been neglected recently. It is not the case of adopting paliative measures of acting with rhetoric only, as it is notorious that positive results are not to be achieved without political will and general attention to this matter. Crime has to be struggled with efficient criminal and social policies, aimed especially at promoting social inclusion, as crime is definitely not an issue only related to public security.

KEYWORDS: Insecurity. Crime. Criminal policy. Repression. Prevention. Social control. Ideological instruments.

ÉTENDU ET PERSPECTIVES DE LA PREVENTION ET DU CONTRÔLE SOCIAL COMME INSTRUMENT DE LA POLITIQUE CRIMINELLE

RÉSUMÉ

L'auteur fait un essai sur le problème de la violence urbaine et sur le devoir de l'État d'offrir la sécurité publique, tâche qui a été négligée ses derniers temps. Il ne s'agit pas d'appliquer des mesures palliatives ou de proposer un discours absolument rhétorique, car il est notoire l'incapacité d'atteindre des résultats satisfaisants s'il n'y a pas disposition politique et sensibilisation générale sur le problème. La criminalité doit être combattue avec des politiques criminelles et sociales efficaces, de caractère éminemment d'intégration, une fois qu'il ne s'agit pas d'un problème exclusif de sécurité publique.

MOTS-CLÉS: Insecurité. Criminalité. Politique criminelle. Répression. Prévention. Contrôle social. Instruments idéologiques.

O PRINCÍPIO DE SEGURANÇA JURÍDICA CONSAGRADO PELO CONSELHO DE ESTADO

(CE, ASSEMBLÉE^{NT}, 24 DE MARÇO 2006, SOCIÉTÉ KPMG
E OUTROS, N. 288460 E SEGUINTE)

Yann Aguila*

I. A validação do conteúdo do Código de Deontologia; A. A proibição dos conflitos de interesses; 1º) Relações familiares; 2º) Liens financiers; B. A proibição de acumulação das funções; 1º) A relação entre o Comissário de Contas e o seu cliente; 2º) A extensão às empresas do mesmo grupo e aos gabinetes membros da corporação; II. A consagração do princípio da segurança jurídica; A. O eixo formal: o objetivo constitucional de acessibilidade e inteligibilidade da norma; B. O eixo temporal: a previsibilidade da norma e a exigência de medidas transitórias; 1º) A exclusão do princípio da confiança legítima; 2º) O reconhecimento do princípio da segurança jurídica; a) O Conselho de Estado admitiu a aplicação do Decreto aos contratos em curso; b) O Conselho de Estado consagra o princípio da segurança jurídica, e dele deduz a exigência de medidas transitórias; Conclusão.

RESUMO

Trata-se de crônica acerca de decisão do Conselho de Estado francês que consagrou o princípio da segurança jurídica na esfera das regulamentações administrativas, notadamente para que os textos prevejam disposições transitórias.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho de Estado. Princípio. Segurança Jurídica. Atividade normativa. Administração.

* Comissário do Governo^{NT} no Conselho de Estado

^{NT} Reunião do Tribunal pleno.

^{NT} Inicialmente, convém tomar de empréstimo a definição dada por Gérard Cornu: Comissário do Governo é o “funcionário responsável pela defesa, perante as formações administrativas colegiadas do Conselho de Estado, do ponto de vista de sua administração”. I Na realidade, ele deve ser imparcial e expor as circunstâncias fáticas e as regras jurídicas aplicáveis *in casu*, bem como a sua opinião sobre as soluções que entender cabíveis, de acordo com a sua consciência. Ele é um membro do órgão jurisdicional encarregado de indicar, com toda a independência, a sua apreciação do litígio. Ele manifesta publicamente a sua posição, mas não faz parte na deliberação do órgão jurisdicional ao qual pertence. Reveladora do seu importante papel doutrinário é a constante publicação, em notórias revistas jurídicas francesas, da “conclusões” por eles fornecidas nos feitos em que trabalham. Por outro lado, estes pareceres servem constantemente de base de fundamentação das decisões do mais alto órgão da jurisdição administrativa francesa: o Conselho de Estado.

Por um acórdão da Assembléia^{NT} de 24 de março de 2006, *Société KPMG et autres*, o Conselho de Estado acaba de consagrar solenemente o princípio de segurança jurídica.

Na Alta jurisdição tinham sido formulados vários pedidos buscando a anulação do Decreto de 16 de novembro de 2005, que trata do Código de Deontologia da profissão de Comissário de Contas.^{NT} Os pedidos foram apresentados principalmente por quatro grandes gabinetes de auditoria: KPMG, Ernst & Young, Deloitte et PricewaterhouseCoopers.

Sobre o mérito, os requerentes sustentavam, essencialmente, que as novas incompatibilidades postas pelo Código de Deontologia acarretavam uma violação excessiva à liberdade de exercício da sua profissão. O Conselho de Estado afastou esta primeira série de argumentos, que examinaremos aqui resumidamente (I).

Contudo, os gabinetes de auditoria criticavam igualmente as modalidades de execução no tempo destas novas regras. Acusavam-lhes de entrar em vigor imediatamente, sem prazo para adaptação. A jurisdição administrativa deu razão aos requerentes sobre este segundo terreno: ela censurou o decreto por não prever medidas transitórias. O Conselho de Estado fundou esta anulação parcial sobre um novo princípio: o princípio da segurança jurídica (II).

I. A VALIDAÇÃO DO CONTEÚDO DO CÓDIGO DE DEONTOLOGIA

O Código de Deontologia dos Comissários de Contas encontra sua origem na Lei de Segurança Financeira n. 2003-706, de 1º de agosto de 2003. Esta, adotada na sequência dos escândalos financeiros que marcaram o início da década (casos “Enron et Arthur Andersen”), procedeu a uma importante reforma da profissão de Comissário de Contas. Instituiu, notadamente, novas exigências em matéria de deontologia, as quais foram codificadas nos artigos

^{NT} Distinguem-se quatro níveis diferentes de formações de julgamento no Conselho de Estado. Os dois níveis superiores são constituídos das formações solenes do Conselho de Estado, onde são julgados os negócios que apresentam uma dificuldade jurídica peculiar ou uma notável importância: 1) a Assembléia do Contencioso e 2) a Seção do Contencioso. Os outros níveis de formação são: 1) as subseções reunidas e; 2) a subseção que julga isoladamente. Eis as seções existentes no Conselho de Estado: Seção das Finanças, Seção do Interior, Seção Social, Seção das Obras Públicas, Seção do Contencioso, Seção de Relatório e Estudos. Existem, ainda, duas células importantes a serem aqui mencionadas: a de Cooperação Internacional e a do Direito Comunitário.

^{NT} Os Comissários de Contas possuem a missão legal de controlar a situação contábil e financeira das sociedades anônimas. Eles certificam a regularidade e a sinceridade de suas contas. Para isto, eles possuem poderes legais de operar quaisquer verificações que julgarem oportunas ou de exigir a exibição de documentos relacionados à auditoria. A partir daí, eles repassam relatórios da situação financeira da sociedade à Assembléia Geral dos Acionistas. Algumas das informações obtidas são levadas aos órgãos de gestão da empresa. Além disto, eles podem repreender os dirigentes, os accionistas ou do Comitê da S.A. e devem denunciar ao Ministério Público os fatos delituosos dos quais ele tenha inferido da verificação das contas. Cf. CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris: PUF, 2002, p. 612.

L. 822-9 a L. 822-16 do Código de Comércio, agrupados numa seção intitulada “Da Deontologia e da Independência dos Comissários de Contas”. O decreto litigioso tinha sido tomado, segundo a exposição do Ministro da Justiça, em conformidade com o artigo L. 822-16, que prevê que: “um decreto em Conselho de Estado* aprovará um Código de Deontologia da profissão, após pareceres do Alto Conselho do Comissariado de Contas”.

Os requerentes criticavam a severidade das regras postas pelo novo Código de Deontologia. Essencialmente, eles sustentavam que elas violavam, de maneira excessiva, o livre exercício da profissão de Comissário de Contas. Esta argumentação inscrevia-se na perspectiva da decisão de Assembléia do Conselho de Estado de 28 de julho de 1950, *Comité de défense des libérés professionnelles des experts comptables*¹, na qual o juiz administrativo exerce um controle reduzido sobre o equilíbrio entre, por um lado, as exigências da deontologia e, por outro lado, as liberdades profissionais. Mas, na verdade, o Decreto vinha, em grande parte, precisar regras já previstas pela lei. O artigo L. 822-11 do Código de Comércio põe, com efeito, duas séries de proibições: a clássica, de conflitos de interesses (A), e a, mais precisa, da cumulação das funções de controle e de conselho (B).

A. A proibição dos conflitos de interesses

O artigo L. 822-11 do Código de Comércio proíbe, no primeiro parágrafo do seu item I, as situações de conflito de interesses: “O Comissário de contas não pode tomar, receber ou conservar, direta ou indiretamente, um interesse junto à pessoa (...) da qual é encarregado de certificar as contas, ou junto a uma pessoa que a controla ou que é controlada por ela (...)”. E, mais precisamente, o segundo parágrafo prevê que o Código de Deontologia definirá as “relações pessoais, financeiras, e profissionais” que o Comissário pode ter com a empresa que ele controla.

Os tipos de relações proibidos, por conseguinte, são definidos nos artigos 26 ao 30 do Código de Deontologia, agrupados num título V “Relações pessoais, financeiras e profissionais”, que foram largamente criticados pelos requerentes. É verdadeiro que o Decreto reteve uma interpretação muito rigorosa da noção de conflito de interesses. Pode-se ilustrar-lo por dois exemplos, relativos às relações familiares e às relações financeiras.

1^o) Relações familiares

O artigo 27 do Código de Deontologia refere-se à hipótese das relações familiares: um Comissário de Contas não pode certificar as contas de uma empresa na qual uma pessoa que ocupa uma “função sensível” de uma relação familiar, não somente com o próprio Comissário de Contas, mas igualmente com os associados do escritório ao qual ele pertence. De acordo com os requerentes, em se tratando de grandes gabinetes, que conte mais de uma centena de associados,

esta exigência seria desproporcionada. Mas o Conselho de Estado afasta este argumento. Com efeito, esta incompatibilidade, que tem sólidas justificações, é limitada à hipótese na qual a pessoa com que o Comissário tem relações exerce na empresa uma “função sensível” - noção que é definida pelo artigo 26. Além disso, o Conselho de Estado formula uma reserva de interpretação que permite levar em conta a especificidade dos grandes gabinetes: ele revela que resulta dos termos mesmos do artigo 27 que um escritório deve ser entendido como “um subgrupo distinto definido por uma sociedade de Comissários de Contas com base em critérios geográficos ou de organização”. Portanto, uma interpretação razoável deste artigo deveria levar a limitar o campo da incompatibilidade somente aos associados que exercem, não somente numa mesma estrutura geográfica - por exemplo, a filial parisiense de um gabinete - mas também, dentro desta, num mesmo departamento, quando este constitui um subgrupo claramente distinto do ponto de vista da organização.

2^o) *Liens financiers*

O artigo 28 do Código de Deontologia evoca o caso das relações financeiras. Define a noção de relações financeiras de uma maneira bastante ampla, dado que proíbe não somente a detenção de ações pelo Comissário de Contas na empresa certificada, mas também o fato de ser titular de uma conta bancária ou de subscrever um contrato de seguro junto a esta. A primeira proibição parece evidente, as outras são-no um pouco menos, tanto mais porque são aplicáveis não somente ao Comissário de Contas ele mesmo, mas igualmente os seus associados do mesmo escritório. Os requerentes aumentavam que o controle de um banco ou de uma companhia de seguros tornar-se-ia muito delicado. De novo, este argumento foi afastado pelo Conselho de Estado, que infere que “o artigo 28 responde à necessidade de prevenir qualquer risco de ameaça à independência do Comissário de Contas”.

B. A proibição de acumulação das funções

Em segundo lugar, é igualmente a lei mesma - e não o decreto - que proíbe a cumulação das funções de auditoria e de conselho.

1^o) *A relação entre o Comissário de Contas e o seu cliente.*

O núcleo do princípio é a impossibilidade de acumular, no que diz respeito a um mesmo cliente, e para um mesmo Comissário, uma missão de certificação das contas e uma prestação de serviços. O artigo 10 do Código de Deontologia elabora assim uma lista de prestações de serviço que são proibidas ao Comissário de Contas fornecer à pessoa cujas contas certifica. No entanto, o Código limita-se, aqui, a ilustrar a lei. Esta lista tem apenas um caráter indicativo e não limitativo. Com efeito, é a lei própria que põe o princípio da proibição - no primeiro parágrafo do inciso II do artigo L. 822-11 do Código de Comércio, que proíbe: “qualquer prestação de serviços que não entrem nas diligências dire-

tamente ligadas à missão de Comissário de Contas”. Além disso, as prestações enumeradas no artigo 10 revelam, obviamente, os casos de ingerência na gestão, estritamente proibidos ao Comissário de Contas - por exemplo, a participação do Comissário “2º) à realização de qualquer ato de gestão ou administração” ou “3º) ao recrutamento de pessoal”. A partir daí, o Conselho de Estado julga, por um lado, que o poder regulamentar era, sim, competente para estabelecer tal lista e, por outro lado, que esta não tem caráter desproporcionado.

2º) A extensão às empresas do mesmo grupo e aos gabinetes membros da corporação

Além disso, esta proibição básica é objeto de dois tipos de extensão, quer o lado da empresa certificada, quer o lado do Comissário de Contas.

Primeira extensão, do lado da empresa certificada: a lei prolonga a mesma proibição, tanto às empresas que controlam a empresa certificada que às que são por ela controladas - em outros termos, tanto à sociedade-matriz como à sociedade-filial. Esta situação é igualmente regulada pelo artigo 10 do Código de Deontologia.

Segunda extensão, do lado do Comissário de Contas: os outros gabinetes- membros da corporação são igualmente visados. Se a empresa certificada beneficia de uma prestação de serviços de um membro da corporação, então o Comissário de Contas não pode certificar as suas contas (II do artigo L. 822-11, parágrafo segundo, do Código de Comércio), tal situação sendo considerada como desestabilizadora da sua independência. Para a aplicação desta proibição, o artigo 22 do Código de Deontologia define a noção de corporação, e o artigo 23 prevê que, no caso de dúvida, o Comissário de Contas pode acionar o Elevado Conselho do Comissariado de Contas. O Conselho de Estado valida igualmente estas disposições, considerando que estes artigos fazem uma exata aplicação da lei.

Por último, se se cruza as duas situações precedentes, restaria ainda a solucionar a hipótese na qual um membro da corporação fornece uma prestação de serviços, não diretamente à empresa certificada, mas à uma empresa que a controla ou que é por ela controlada. É o que faz o segundo parágrafo do inciso I do artigo L. 822-11 do Código de Comércio. Mas a lei não põe aqui uma proibição de princípio: ela remete ao Código de Deontologia o cuidado de precisar “as situações nas quais a independência do Comissário de Contas é afetada” por este fornecimento de prestações de serviços. É o artigo 24 do Código de Deontologia que, em conformidade com esta disposição, elabora uma lista de situações que afetam a independência do Comissário de Contas. Neste quadro, a lista do artigo 24 possui efetivamente um caráter limitativo, contrariamente à do artigo 10. Mas se as proibições enunciadas são relativamente amplas, elas se justificam geralmente por elas mesmas - por exemplo, no item 2, de cumprimento de ato de gestão ou administração, ou ainda, no item 4, da apresentação da contabilidade. Portanto, o Conselho de Estado julga que “as disposições deste artigo, que não poderiam ser olhadas como instituindo um

regime de proibição completa (...), não são excessivas em relação ao objetivo de salvaguarda da independência do Comissário de Contas”.

No total, o Código de Deontologia adota, sem dúvida, uma concepção muito rigorosa das regras de deontologia. Entretanto, ele não viola de forma excessiva às liberdades profissionais, a partir do momento em que ele é justificado pelo imperativo de proteção da independência dos Comissários de Contas.

II. A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Por um azar do calendário, a Assembléia do Contencioso^{NT} junta-se aqui às preocupações expressas pelo relatório anual para 2006 do Conselho de Estado.^{NT} Este, datado do mês de março de 2006, foi precisamente consagrado ao tema da “Segurança jurídica e da Complexidade do Direito”. Ele constata o agravamento do problema da inflação legislativa e analisa as causas: desenvolvimento do direito internacional e comunitário, o desejo de leis pelos cidadãos (em virtude da força simbólica que a elas se une), busca de anúncios mediáticos pelos governantes. De onde se observa uma complexidade excessiva e uma instabilidade crônica das regras jurídicas. O número de textos em vigor não cessa de aumentar: o relatório revela que às 9.000 leis e 120.000 decretos contabilizados em 2000 vieram acrescentar-se, em média, 70 leis, 50 *ordonnances* e 1.500 decretos por ano. O Conselho de Estado retoma a sua recomendação recorrente: “legislemos menos, legislemos melhor”.

O acórdão *Société KPMG* responde, assim, com uma sincronização inédita, ao relatório do Conselho de Estado: por um lado, faz aplicação do objetivo de acessibilidade e inteligibilidade da norma (A); por outro lado, censura a ausência no decreto de disposições transitórias (B). Consagra, assim, os dois eixos - formais e temporais - do princípio da segurança jurídica.

A. O eixo formal: o objetivo constitucional de acessibilidade e inteligibilidade da norma

Foi o Conselho constitucional que consagrou pela primeira vez este objetivo de valor constitucional, pela sua Decisão n. 99-421 DC, de 16 de dezembro de 1999, relativa à codificação por *ordonnance*.^{NT}

^{NT} Cf. nota de tradução da primeira página acerca das formações de julgamento do Conselho de Estado Francês.

^{NT} Todos os anos o Conselho de Estado publica um relatório de suas atividades e escolhe um tema para desenvolver mais detalhadamente. O tema escolhido é estudado não apenas à luz do Direito Administrativo interno, mas representa uma excelente fonte de pesquisa da doutrina e da jurisprudência de outros tribunais, dentre os quais, e principalmente, do Conselho Constitucional, da Corte de Cassação, da Corte Européia de Direitos Humanos e da Corte de Justiça das Comunidades Européias.

^{NT} Neste sentido, v. VERPEAUX, Michel. “A Codificação em face do Conselho Constitucional”, *Revista Opinião Jurídica*, Ano III, n. 5, p. 349-366, 2005-1.

O Conselho de Estado, por seu lado, tinha hesitado inicialmente em consagrar este princípio. Com efeito, este “objetivo” é procedente do controle de constitucionalidade das leis, e podia-se considerar que não era diretamente oponível a um ato administrativo. Assim, certos acórdãos tinham rejeitado tal argumento “na situação atual”, ou seja, evitando cuidadosamente pronunciar-se sobre a questão de saber se a invocação deste objetivo era ou não eficaz diante do juiz administrativo.² Mas um acórdão recente, emitido pelas 4^ª e 5^ª Subseções reunidas, finalmente julgou que o argumento baseado na violação do objetivo constitutivo de clareza e inteligibilidade da norma é eficaz contra um decreto.³

Pelo acórdão *Société KPMG*, o Conselho de Estado confirma solenemente, em Assembléia, esta recente reversão de jurisprudência. Os requerentes criticavam a imprecisão que, de acordo com eles, afetavam certos artigos. O juiz afasta este argumento basicamente porque, no caso analisado, considera as disposições litigiosas suficientemente precisas. Fazendo assim, aceita, por conseguinte, de forma expressa, examinar tal argumento e considera, implicitamente, que o argumento “baseado na violação do objetivo de valor constitucional de acessibilidade e inteligibilidade da norma” é efetivamente suscetível de ser invocado contra um decreto.

Este “objetivo” constitui um elemento importante do princípio da segurança jurídica. Como sustenta o relatório do Conselho de Estado para 2006: “a inteligibilidade implica a legibilidade tanto quanto a clareza e a precisão dos enunciados, bem como a sua coerência”.⁴ Assim, o jurisdicionado poderá doravante criticar, perante o juiz administrativo, uma disposição regulamentar sob a alegação de que esta não é suficientemente clara ou precisa. Claro, pode-se supor que os casos de censura permanecerão excepcionais, como o são, de resto, relativamente às leis criticadas, neste terreno, diante do juiz constitucional. Mas não se deve excluir, em certas hipóteses, as anulações. Assim, o Conselho Constitucional acaba de declarar contrário à Constituição, pela decisão n. 2005-530 DC, de 29 de dezembro de 2005, um artigo da Lei de Finanças para 2006, devido à sua excessiva complexidade que nenhum motivo de interesse geral suficiente justificava.

B. O eixo temporal: a previsibilidade da norma e a exigência de medidas transitórias

É sob este ângulo que acórdão *Société KPMG* é sem dúvida mais notável. O Conselho de Estado, após ter afastado a aplicação do princípio da “confiança legítima”, procedente do Direito Comunitário, consagra o princípio da segurança jurídica e dele deduz a exigência, em certos casos, de disposições transitórias.

1^ª) A exclusão do princípio da confiança legítima

O princípio da confiança legítima constitui um *princípio geral do Direito Comunitário* difundido pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias.⁵ En-

contra o seu domínio de predileção na regulamentação econômica. Visa proteger os direitos subjetivos dos operadores perante uma modificação imprevisível da regra de direito que teria por efeito causar perdas financeiras.

O Conselho de Estado admite, sem dificuldade, a invocação deste princípio contra um ato tomado para a aplicação do Direito Comunitário.⁶ A questão é saber se se pode estender este princípio para fazer dele um princípio geral da ordem jurídica nacional. O Tribunal Administrativo de Strasbourg tinha respondido pela afirmativa, consagrando, por um julgamento de 8 de dezembro de 1994, o princípio da confiança legítima como um princípio do direito interno.⁷ Mas o Conselho de Estado tinha retificado este raciocínio: ele considerou que, fora do Direito Comunitário, o princípio da confiança legítima é inoperante.⁸

No caso aqui analisado, a questão se pôs novamente, dado que os requerentes invocaram este princípio: eles sustentavam que o Decreto o tinha infringido, em virtude de ter alterado brutalmente as regras de deontologia sem prever disposições transitórias. Ora, estava claro que o ato em causa não tinha sido tomado para a aplicação do Direito Comunitário. O Conselho de Estado confirma, aqui, a sua jurisprudência tradicional: ele revela que a situação jurídica litigiosa não é governada pelo Direito Comunitário e, conseqüentemente, afasta o argumento como inoperante. Com efeito, o princípio da confiança legítima conduz a levar em conta um ponto de vista *subjetivo* que é estranho à concepção clássica do recurso por abuso de poder [*recours pour excès de pouvoir*], e que não pode encontrar lugar, na tradição francesa, que em matéria de ação indenizatória.⁹

2º) O reconhecimento do princípio da segurança jurídica

Mas os requerentes criticavam igualmente as normas de execução no tempo do Código de Deontologia sob o ângulo do direito interno. Dirigiam, essencialmente, duas censuras ao Decreto: por um lado, sustentavam que ele estava eivado de uma retroatividade ilegal, tendo em vista que aplicável aos contratos em curso; por outro lado, consideravam que o decreto devia ter previsto disposições transitórias, determinando um prazo que permitisse aos interessados colocar-se em conformidade com as novas regras. Estas duas questões eram teoricamente distintas, dado que tratava-se de saber, no primeiro caso, se o Decreto podia ou não ser aplicável aos contratos em curso e, no segundo, quando devia ser aplicável a estes contratos – a partir da sua entrada em vigor, ou após um prazo de transição. Elas não eram menos ligadas: o Conselho de Estado admitiu, finalmente, que o Decreto seria aplicável aos contratos em curso, mas sob a condição de ter previsto medidas transitórias.

a) O Conselho de Estado admitiu a aplicação do Decreto aos contratos em curso

A aplicação do decreto implicaria, com efeito, para os gabinetes em causa, pôr termo a alguns dos mandatos que detinham, afim de conformar-se às novas

regras de incompatibilidade. Esta aplicação aos contratos em curso estaria ferida de uma retroatividade ilegal, como sustentavam os requerentes? O Conselho de Estado respondeu pela negativa.

➤ **Certo, o decreto é retroativo, dado que incide sobre os contratos em curso.**

O juiz afastou, primeiro, implicitamente, uma eventual interpretação neutralizante que teria consistido a dizer que, no silêncio texto, o decreto dever ser interpretado como não se aplicando aos contratos correntes. Tal interpretação teria apresentado o inconveniente de manter os mandatos em curso até à sua expiração, ou seja, por um período que poderia ir até a quase seis anos. Parecia difícil deixar, assim, subsistir por tal período as incompatibilidades proibidas pela lei.

O juiz afastou igualmente outro debate secundário, inserido na questão da retroatividade: o mandato do Comissário de Contas é um verdadeiro contrato? A questão da natureza jurídica da relação que une o Comissário à sociedade certificada é, com efeito, discutida na doutrina.¹⁰ Neste aspecto, o Ministro da Justiça sustentou, a título de defesa, que a missão do Comissário de Contas é de ordem estatutária e não contratual, e que, conseqüentemente, seria possível findá-la, em qualquer momento, por via regulamentar. De fato, a existência e o conteúdo do contrato são determinados largamente pela lei. No entanto, esta circunstância não é suficiente, por ela apenas, por fazer um ato jurídico perder a sua natureza contratual. Os exemplos abundam de contratos que colocam os co-contratantes numa situação estatutária, a começar pelo contrato de sociedade ou o contrato de casamento. Não se pode contestar que estes atos nasceram do encontro das vontades e que têm, por conseguinte, pelo menos no que diz respeito às condições da sua formação, um aspecto contratual. Portanto, de acordo com o Conselho de Estado, os Comissários de Contas são titulares de mandatos dos quais são investidos “contratualmente”. O novo Código de Deontologia prejudica, pois, efetivamente os contratos em curso.

O decreto é, por conseguinte, retroativo. O juiz revelou expressamente “que uma disposição legislativa ou regulamentar nova não pode se aplicar às situações contratuais correntes na data da sua entrada em vigor sem se revestir aí mesmo de um caráter retroativo”. Um contrato continua a ser normalmente governado pela lei em vigor do dia da sua confecção, mesmo no caso de mudança de regra.¹¹ É o princípio da “sobrevivência da lei antiga”, consagrado pela Corte de Cassação¹² e pelo Conselho de Estado.¹³ Um contrato institui a regra do jogo à qual as partes decidiram submeter-se durante uma duração predeterminada. Portanto, aplicar uma lei nova aos contratos em curso indica alterar retroativamente uma cláusula essencial do contrato, aquela relativa à duração de aplicação do regime que ele instaura. Não há, portanto, dúvidas sobre o fato de que uma regra aplicável aos contratos em curso encontra-se eivada de retroatividade.

➤ Mas esta retroatividade não é necessariamente ilegal.

Tratando-se da lei admite-se, desde logo, tradicionalmente que uma regra nova possa ser aplicável aos contratos em cursos por razões particularmente imperiosas de ordem pública.¹⁴ Com efeito, o princípio non-retroatividade das leis, posto pelo artigo 2º do Código Civil, tem valor constitucional apenas em matéria repressiva. A partir desta constatação, o Conselho Constitucional admite que uma lei acarrete a alteração de contratos anteriormente concluídos por um motivo de interesse geral.¹⁵

Tratando-se da aplicação dos decretos aos contratos em cursos, o Conselho de Estado refere-se à sua jurisprudência habitual em matéria de retroatividade: esta é proibida, exceto na hipótese de autorização legal. Mas a autorização pode ser *implícita*: por exemplo, em matéria de regulamentação dos preços, o Conselho de Estado admitiu que o poder regulamentar obtivera da lei “o poder de impor os preços (...) a todos os usuários, independentemente da natureza e das cláusulas dos contratos”, e que, portanto, as disposições regulamentares litigiosas podiam ser aplicadas legalmente antes da expiração dos contratos em curso.¹⁶

No acórdão *Société KPMG*, o Conselho de Estado tem este tipo de raciocínio. Certo, ele observa, “só uma disposição legislativa pode, por razões de ordem pública, mesmo implicitamente, autorizar a aplicação da norma nova a tais situações (contratuais)”. Mas precisamente, *in casu*, sublinhou o juiz, que as disposições legislativas relativas à deontologia “cuja aplicação é assegurada pelo Código de Deontologia, têm, devido aos imperativos de ordem pública sobre as quais descansam, vocação a ser aplicáveis aos membros da profissão (...) sem que o seu efeito encontre-se adiado à expiração do mandato cujos interessados foram investidos contratualmente”. Assim, o decreto dispunha de uma autorização legislativa implícita, e a sua retroatividade não é, por conseguinte, ilegal.

b) O Conselho de Estado consagra o princípio da segurança jurídica, e dele deduz a exigência de medidas transitórias

Permanecia, então, examinar o segundo ramo do argumento: os requerentes sustentavam que, mesmo em se supondo que o decreto poderia ser aplicável aos contratos em curso, não podia fazê-lo imediatamente. Os autores do texto deveriam ter previsto, em disposições transitórias, um prazo de conformação.

➤ A reversão da jurisprudência

Se o Conselho de Estado se tivesse referido à sua jurisprudência tradicional, ele teria afastado o meio como “inoperante”. Com efeito, uma lei ou um regulamento deve normalmente ser aplicável a partir da sua publicação se as suas disposições são suficientemente precisas.¹⁷ É por isso que, por exemplo, ele considera ilegal a recusa de adotar, após um prazo razoável, um decreto necessário

para a aplicação de uma lei.¹⁸ É por isso que, igualmente, ninguém tem direito à manutenção de uma regulamentação.¹⁹ O Conselho de Estado teria podido, portanto, facilmente, rejeitar o argumento dos requerentes revelando que não se pode, de forma válida, contestar a data de entrada em vigor de um texto porque ela está demasiado próxima, dado que a lei tem vocação a ser aplicável o mais depressa possível.

No entanto, o acórdão *Société KMPG* dá razão aos requerentes. No seu artigo 1º, anula o decreto que editou o Código de Deontologia “como ele não prevê medidas transitórias relativas aos mandatos de Comissários de Contas em curso à data da sua entrada em vigor”.

Para esse efeito, o Conselho de Estado põe uma regra nova:

“incumbe à autoridade investida do poder regulamentar de estabelecer, por motivos de segurança jurídica, as medidas transitórias que implica, se for o caso, uma regulamentação nova”. Na espécie, o juiz considera que “na falta de qualquer disposição transitória no Decreto atacado, as exigências e as proibições que resultam do código trariam, nas relações contratuais legalmente instituídas antes da sua intervenção, perturbações que, devido ao seu carácter excessivo em relação ao objetivo prosseguido, são contrárias ao princípio da segurança jurídica”.

Assim o princípio da segurança jurídica foi solenemente consagrado pelo acórdão *Société KPMG*. E o Conselho de Estado dele deduz a obrigação feita ao poder regulamentar de prever, em certas hipóteses, as medidas transitórias quando da edição de uma regulamentação nova.

É necessário ler este considerando de princípio de forma paralela ao Relatório do Conselho de Estado para 2006 que, após ter revelado que a abordagem tradicional tinha sido confirmada várias vezes, “a invocação do princípio da segurança jurídica julgada inoperante”, anunciava que “esta jurisprudência será talvez alterada”.²⁰

➤ As justificações da reversão de jurisprudência

Quatro série de considerações podem justificar esta reversão jurisprudencial.

Em primeiro lugar, a exigência de medidas transitórias é uma regra de bom senso. No caso, a entrada em vigor imediata do novo Código de Deontologia punha dificuldades reais de aplicação para as situações em curso. Prazos técnicos incompressíveis impediam materialmente os gabinetes de se colocar em regra no que diz respeito à nova regulamentação a partir do dia seguinte

da sua publicação no Jornal Oficial. Por exemplo, nas sociedades anônimas, o Comissário de Contas é nomeado pela Assembléia geral com base num projeto de resolução que emana do Conselho de Administração (artigo L. 225-228 do Código de Comércio). Do mesmo modo, um prazo era necessário para instaurar no seio de um gabinete um sistema interno de informações permitindo-o de ter condições de conhecer a situação precisa do conjunto dos associados em relação às novas exigências. Portanto, a ignorância da regra nova era, por conseguinte, quase inevitável. Ora, esta podia, teoricamente, impor sanções, tanto disciplinar como penal.

A esse respeito, podia-se desenvolver por analogia, uma espécie de teoria do sinal amarelo. As conclusões pronunciadas sobre o acórdão propunham de imaginar, por um momento, como seria um mundo sem sinal de trânsito amarelo, no qual os fogos de sinalização seriam binários, passariam abruptamente do verde ao vermelho: “Se um automobilista, levando pelo seu curso, provocasse um acidente, quem, ele ou o projetista dos sinais, seria responsável?” Basicamente, as medidas transitórias estão para a segurança jurídica assim como os sinais amarelos estão para a segurança rodoviária... . Esta solução apresentava, assim, a vantagem de introduzir um pouco de flexibilidade e permitia sair de um raciocínio binário do “tudo ou nada”, entre a retroatividade ilegal e a aplicação imediata.

Em segundo lugar, o acórdão *Société KPMG* está ligado a uma preocupação crescente pela “qualidade da regulamentação”. Esta última foi objeto, em 2002, de um relatório estabelecido por um grupo de trabalho interministerial, presidido por Dieudonné Mandelkern e, posteriormente, em 2004, de um relatório dirigido ao Primeiro-Ministro proveniente de um grupo de trabalho presidido por Bruno Lasserre.²¹ Estes diversos trabalhos conduziram à publicação, em 2005, de um *Guia para a elaboração dos textos legislativos e regulamentares*.²² O Conselho de Estado, nas suas Seções Administrativas, emprega-se regularmente a recordar a sua necessidade à Administração. Assim, Catherine Bergeal recorda a fórmula de um parecer da Seção das Obras públicas, segundo a qual convém, às vezes, abrandar as condições de entrada em vigor de um texto, para “permitir às pessoas que exercem atualmente as atividades regulamentadas pelo Direito adaptar-se à nova situação”.²³ O referido acórdão da Assembléia inscreve-se, por conseguinte, no prolongamento da ação das formações administrativas do Conselho de Estado.

Em terceiro lugar, a consagração, pelo juiz administrativo, do princípio da segurança jurídica responde a um convite da doutrina. A literatura sobre o assunto é muito abundante. Os artigos são numerosos.²⁴ Uma tese foi defendida em 2003 por Anne-Laure Valembois sobre a “Constitucionalização da exigência de segurança jurídica em Direito francês”. O Conselho de Estado ele mesmo, como já se observou, consagrou em 2006 as considerações gerais do seu relatório de atividades ao tema da segurança jurídica.²⁵

A esse respeito, o acórdão *Société KPMG* constitui uma bela ilustração das relações entre o juiz e a doutrina, notadamente em relação à problemática

da criação dos princípios gerais do direito. Realmente, na data em que o Conselho de Estado o consagrou, poderia-se sustentar que o princípio da segurança jurídica já existia: numerosos artigos tinham sido escritos sobre o assunto, desde há mais de dez anos, e a expressão, ela mesma, tinha entrado na linguagem corrente. Este princípio, por conseguinte, nem foi “criado”, nem “inventado” pelo juiz. O Conselho de Estado limitou-se a constatar, num dado momento, a existência de um consenso na comunidade dos juristas sobre a necessidade do reconhecimento de tal princípio. A parte que cabe propriamente ao juiz consiste sobretudo na formalização do princípio, na atribuição de um valor na ordem jurídica. No fundo, o papel do juiz no que diz respeito a um princípio geral do direito não é muito afastado daquele exercido pelo Presidente da República no que diz respeito a uma lei, no ato de promulgação: um papel de autenticação.

Enfim, em último lugar, o acórdão *Société KPMG* não se encontra sem respaldo jurisprudencial. Por um lado, pode-se ver um eco nas decisões de outros órgãos jurisdicionais: aquelas da Corte de Justiça das Comunidades Europeias, que reconheceu o princípio da segurança jurídica na ordem jurídica comunitária²⁶; aquelas da Corte Europeia dos Direitos do Homem, que consagrou igualmente este princípio como inerente ao direito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁷; ou, ainda, aquelas do Conselho Constitucional, que une as exigências de qualidade da lei e segurança jurídica como necessárias à “garantia dos direitos” consagrada pelo artigo 16 da Declaração [de Direitos do Homem e do Cidadão] de 1789.²⁸

Por outro lado, o acórdão *Société KPMG* pode encontrar filiações na jurisprudência do próprio Conselho de Estado. Inscreve-se no âmbito de evoluções jurisprudenciais recentes²⁹, que refletem uma preocupação crescente para as normas de execução da regra de direito no tempo.^{NT} Mas prolonga também a jurisprudência mais tradicional, que sempre teve em conta a exigência de estabilidade das situações jurídicas, desde a decisão *Dame Cachet* de 3 de novembro de 1922 (acerca da retirada de atos administrativos criadores de direito) ao acórdão *Société du Journal l'Aurore* de 25 de junho de 1948 (sobre o princípio da irretroatividade). Como indicava-o Jean-Michel Belorgey num artigo sobre “A segurança jurídica, o ponto de vista do juiz administrativo francês”³⁰, o Conselho de Estado há bastante tempo tem feito prevalecer soluções jurisprudenciais que, “com ou sem o uso do termo”, foram ditadas por uma preocupação de “segurança jurídica”.

➤ As modalidades de aplicação deste princípio

Algumas precisões podem, finalmente, ser trazidas sobre as modalidades de aplicação da exigência de disposições transitórias.

^{NT} Através da técnica da « modulação no tempo » os tribunais franceses podem deferir os efeitos de suas decisões, desde que demonstrados certos resqu coastos, tais como interesse jurídico evidente e possibilidade de prejuízos de alta relevância.

Primeiro, o seu alcance deve ser relativizado. O princípio permanece o da aplicação imediata da regra nova e, por conseguinte, a ausência de medidas transitórias. A solução é limitada aos únicos casos onde a razão encomenda imperativamente prever um prazo de conformação. A exigência de um dispositivo transitório resultará, no âmbito de uma apreciação casuística, de uma balança entre a inércia do passado e a urgência do presente, ou ainda entre:

- de um lado, a necessidade de uma aplicação imediata: esta deve ter em conta a natureza e a finalidade da regra em causa; ela será evidente e particularmente forte no caso de uma legislação de ordem pública;
- e por outro lado, a natureza dos direitos que são reavaliados, a importância da perturbação ou, ainda, os obstáculos práticos à aplicação da nova regra.

Em contrapartida, tratando-se do seu âmbito de aplicação, a exigência de disposições transitórias é bastante ampla, dado que ela suscetível de referir-se ao conjunto das situações em curso: ela não é limitada unicamente à hipótese das situações contratuais. Certamente, como revela o Conselho de Estado, incumbe à Administração estabelecer as medidas transitórias, “em especial” no caso das situações contratuais. Mas esta exigência poderá igualmente ser invocada para situações de fato às quais uma regulamentação nova introduziria uma profunda alteração.

Por último, a sanção de uma ausência ilegal de medidas transitórias não é necessariamente a anulação total da regulamentação litigiosa. *In casu*, o Conselho de Estado pronuncia uma anulação parcial: o Código de Deontologia dos Comissários de contas é anulado por não prever disposições transitórias para os contratos em curso. Em outros termos, a anulação tem por efeito proibir a aplicação aos mandatos em curso, na falta de disposições transitórias. Mas, por um lado, o decreto continua a ser inteiramente válido para os novos mandatos, estabelecidos subseqüentemente à sua entrada em vigor. E, por outro lado, um novo decreto poderá perfeitamente prever a aplicação do código aos mandatos em curso, dado que é acompanhado de medidas transitórias. Tal decreto parecia, aliás, já estar em cursos de preparação na data de redação da presente crônica.

CONCLUSÃO

Desde 1996, Daniel Labetoulle, então presidente da Seção do Contencioso do Conselho de Estado, invocava o princípio da segurança jurídica num artigo no livro em homenagem a Guy Braibant.³¹ Dez anos depois, a Assembléia do Contencioso consagra-o solenemente. No caso analisado, ela deduziu dele a obrigação para a autoridade investida do poder regulamentar, de prever, se for o caso, disposições transitórias. Ninguém duvida que este fértil princípio

irá originar outros progressos do Estado de Direito e contribuirá, assim, para o reforço da qualidade da regulamentação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELORGEY, Jean-Marie. «*La sécurité juridique, le point de vue du juge administratif français*». Conferência pronunciada na Corte de Cassação no Seminário Franco-Brasileiro, realizado nos dias 19 a 21 de setembro de 2005.
- BERGEAL, Catherine. *Savoir rédiger un texte normatif*. 4. ed. Paris: Berger-Levrault, 2004.
- BERGEL, Jean-Louis. *Méthodologie juridique*. Paris: PUF, 2001, p. 200 et s.
- Conseil d'Etat. *Sécurité juridique et complexité du droit. Relatório do Conselho de Estado 2006*. Paris: La Documentation française, 2006.
- DELAMARRE, Manuel. La sécurité juridique et le juge administratif français. *AJDA*, Paris, 2004, p. 186.
- FROMONT, Michel. *Le principe de sécurité juridique*, *AJDA* 1996, p. 179 e s.
- GENEVOIS, Bruno. Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois. In: *Mélanges Pierre Avril*. Paris: 1999, p. 243 e s.
- GUYON, Y. *Droit des affaires*. Tome 1. Paris: Economica, 1992.
- HEERS, Mireille. La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime? *RFDA*, 1995, p. 963.
- LABETOULLE, Daniel. Principe de légalité et principe de sécurité. In: *Mélanges Guy Braibant*. Paris: Dalloz, 1996.
- LASSERRE, Bruno (Dir.) *Pour une meilleure qualité de la réglementation*. Paris: La documentation française, 2004.
- LECLERC, Jean-Pierre (Dir.). *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*. Paris: La Documentation française, 2005.
- MATHIEU, Bertrand. Constitution et sécurité juridique. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999.
- MONÉGER, J. e GRANIER, T. *Le commissaire aux comptes*. Paris: Dalloz, 1996.
- ODENT, Raymond. *Cours de contentieux administratif*. Paris: LGDJ, 1977.
- PACTEAU, Bernard. La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, Paris, 1995, p. 151 e s.
- PUYSSOCHET, Jean-Pierre. Vous avez dit confiance légitime? In: *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*. Paris: Dalloz, 1996.

RIPERT, G. e ROBLOT, R. *Traité de droit commercial*. Paris: LGDJ, 18. ed., Tome 1, 2006.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1960

Sécurité juridique et complexité du droit. Rapport du Conseil d'Etat 2006. Paris: La documentation française, 2006

VAPAILLE, Laurence. Le principe de sécurité juridique : réalité et avenir en droit administratif français. *Petites affiches*, Paris, 10 août 1999, p. 18 e s.

VIDAL, D. *Droit des sociétés*. 5. ed. Paris: LDGJ, 2006.

¹ Cf. *Repertório Lebon*, p. 492.

² Por exemplo CE, 18 de fevereiro de 2004, *Commune de Savigny-le-Temple*, n. 251016.

³ CE, 8 de julho de 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN CFDT et autres*, a ser publicado no repertório de jurisprudência.

⁴ *Sécurité juridique et complexité du droit. Relatório do Conselho de Estado 2006*. Paris: La Documentation française, 2006, p. 282.

⁵ CJCE, Processo n. 81/72, 5 de junho de 1973, *Commission c/ Conseil*; e Processo n. 112/77, de 3 de maio de 1978, *Töpfer c/ Commission*.

⁶ CE, Assembléia, 11 de julho de 2001, *FNSEA*, p. 340.

⁷ Cf. Conclusões Joseph Pommier, publicadas na Revista *Semaine juridique*, Ed. Gen. n. 30, 26 de julho de 1995; HEERS, Mireille. La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime? *RFDA*, 1995, p. 963.

⁸ CE, 9 de maio de 2001, *Entreprise personnelle de transports Freymuth*, repertório p. 865.

⁹ PUYSSOCHET, Jean-Pierre. Vous avez dit confiance légitime? In: *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*. Paris: Dalloz, 1996.

¹⁰ Par exemple: GUYON, Y. *Droit des affaires*. Tome 1. Paris: Economica, n. 360; RIPERT, G. e ROBLOT, R. *Traité de droit commercial*. Paris: LGDJ, 18. ed., Tome 1, n. 1720 ; VIDAL, D. *Droit des sociétés*. 5. ed. Paris: LDGJ, 2006, p. 327; e MONEGER, J. e GRANIER, T. *Le commissaire aux comptes*. Paris: Dalloz, 1996, p. 135.

¹¹ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1960; BERGEL, Jean-Louis. *Méthodologie juridique*. Paris: PUF, 2001, p. 200 et s.

¹² C. Cass., 27 de maio de 1861; C. Cass., Turmas reunidas, 13 de janeiro de 1932, *D. 1932.1.18*, relatório *Pilon*; C. Cass, Turma Civil, 1ª Seção Civil, 29 de abril de 1960, *D. 1960.429*.

¹³ CE, Assembléia, 14 de maio de 1965, *Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance*, p. 279; Seção, 29 de janeiro de 1971, *Sieur Emery*, *AJDA* 1971.409 com as conclusões de Gabriel Vught; Seção de 19 de dezembro de 1980, *Revilod*, conclusões de Bruno Genevois publicadas em *Recueil Dalloz Sirey* 1981, p. 398; Seção, 3 de novembro de 1997, *Société Intermarbre*, p. 393.

¹⁴ Par exemple: Cass. Civ., 22 avril 1929, *D.H. 1929.281* en matière de droit du travail; C. Cass. Soc., 20 mars 1952, *D. 1952.453*, en matière de baux.

¹⁵ Decisão n. 98-401 DC de 10 de junho de 1998, sobre a lei relativa à redução do tempo de trabalho; Decisão n. 2002-464 DC do 27 de dezembro de 2002, considerando n 54. Ver também GENEVOIS, Bruno. Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois. In: *Mélanges Pierre Avril*. Paris: 1999, p. 243 e s., notadamente p. 258 e 259.

¹⁶ CE 2 de junho de 1972, *Syndicat national de la production autonome d'électricité et Société « Les forces motrices de la Frasse »*, p. 409.

- ¹⁷ ODENT, Raymond. *Cours de contentieux administratif*. Paris: LGDJ, 1977, p. 421.
- ¹⁸ CE, 27 de novembro de 1964, *dame veuve Renard*.
- ¹⁹ Cf. os seguintes acórdãos do Conselho de Estado: 25 de junho de 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, p. 379; Seção, 29 de março de 1956, *Société Léon Claeys*.
- ²⁰ *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op. cit.*, p. 293.
- ²¹ LASSERRE, Bruno (Dir.) *Pour une meilleure qualité de la réglementation*. Paris: La documentation française, 2004.
- ²² LECLERC, Jean-Pierre (Dir.) *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*. Paris: La Documentation française, 2005.
- ²³ Avis n. 55668 dos 18 de janeiro e 22 de fevereiro de 1994, citado por: BERGEAL, Catherine. *Savoir rédiger un texte normatif*. 4. ed. Paris: Berger-Levrault, 2004, p. 147.
- ²⁴ PACTEAU, Bernard. La sécurité juridique, un principe qui nous manque?, *AJDA*, Paris, 1995, p. 151 e s.; FROMONT, Michel. *Le principe de sécurité juridique*, *AJDA* 1996, p. 179 e s.; VAPAILLE, Laurence. Le principe de sécurité juridique: réalité et avenir en droit administratif français. *Petites affiches*, Paris, 10 août 1999, p. 18 e s.; DELAMARRE, Manuel. La sécurité juridique et le juge administratif français. *AJDA*, Paris, 2004, p. 186; MATHIEU, Bertrand. Constitution et sécurité juridique. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999.
- ²⁵ *Sécurité juridique et complexité du droit*. Rapport du Conseil d'Etat 2006. Paris: La documentation française, 2006, com a valorosa contribuição doutrinária de John S. Bell, Olivier Dutheillet de Lamothe e Nicolas Molfessis.
- ²⁶ CJCE, 6 avril 1962, affaire 13/61, *De Geus en Uitenboger d/ Bosch*; affaire 18/89, 7 février 1991, *Tagaras c/ Cour de justice*.
- ²⁷ CEDH, 13 de julho de 1979, *Marckx c/ Belgique*.
- ²⁸ Para um exemplo recente: cf. Decisão n. 2005-530 DC, de 29 de dezembro de 2005, sobre a Lei de Finanças para 2006.
- ²⁹ Assembléia, 26 de outubro 2001, *Temon*, p. 497 (retirada de atos administrativos); Seção, 6 de fevereiro de 2004, *Mme Hallal*, p. 436 (substituição dos motivos dos atos administrativos durante a ação judicial); Assembléia, 11 de maio de 2004, *Association AC !*, p. 197 (modulação dos efeitos de uma anulação contenciosa), ou, ainda, Assembléia, 8 de julho de 2005, *Société Alusuisse Lonza France*, a ser publicada no Repertório de jurisprudência (prescrição trintenária em matéria de instalações classificadas).
- ³⁰ BELORGEY, Jean-Marie. «*La sécurité juridique, le point de vue du juge administratif français*». Conferência pronunciada na Corte de Cassação no Seminário Franco-Brasileiro, realizado nos dias 19 a 21 de setembro de 2005.
- ³¹ LABETOULLE, Daniel. Principe de légalité et principe de sécurité. In: *Mélanges Guy Braubant*. Paris: Dalloz, 1996.

THE PRINCIPLE OF JURIDICAL SECURITY AS DEFINED BY THE STATE COUNCIL

ABSTRACT

The paper tackles the decision taken by the French State Council which established the principle of juridical security in the area of administrative regulation, notably in order that legal texts envisage transient provisions.

KEYWORDS: State Council. Principle. Juridical Security. Rulemaking activity. Administration.

LE PRINCIPE DE SECURITE JURIDIQUE CONSACRE PAR LE CONSEIL D'ETAT

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une chronique sur la décision du Conseil d'Etat français qui a consacré le principe de sécurité juridique dans le domaine des réglementations administratives, notamment pour qui les texte prévoient des dispositions transitoires.

MOTS-CLÉS: Conseil d'Etat. Principe. Sécurité juridique. Activité normative. Administration.

LE PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE CONSACRÉ PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

(CE, ASSEMBLÉE, 24 MARS 2006, SOCIÉTÉ KPMG
ET AUTRES, N. 288460 ET SUIVANTS)

Yann Aguila*

I. La validation du contenu du code de déontologie. A. La prohibition des conflits d'intérêts. 1°) Liens familiaux. 2°) Liens financiers. B. L'interdiction du cumul des fonctions. 1°) La relation entre le commissaire aux comptes et son client. 2°) L'extension aux entreprises du même groupe et aux cabinets membres du réseau. II. La consécration du principe de sécurité juridique. A. L'axe formel: l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme. B. L'axe temporel: la prévisibilité de la norme et l'exigence de mesures transitoires. 1°) L'exclusion du principe de confiance légitime. 2°) La reconnaissance du principe de sécurité juridique. a) Le Conseil d'Etat admet l'application du décret aux contrats en cours. b) Le Conseil d'Etat consacre le principe de sécurité juridique, et en déduit l'exigence de mesures transitoires. Conclusion.

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une chronique sur la décision du Conseil d'Etat français qui a consacré le principe de sécurité juridique dans le domaine des réglementations administratives, notamment pour qui les texte prévoient des dispositions transitoires.

MOTS-CLÉS: Conseil d'Etat. Principe. Sécurité juridique. Activité normative. Administration.

Par un arrêt d'Assemblée du 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, le Conseil d'Etat vient de consacrer solennellement le principe de sécurité juridique.

La Haute juridiction était saisie de plusieurs recours tendant à l'annulation du décret du 16 novembre 2005 portant code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes. Les requêtes étaient présentées principalement par quatre grands cabinets d'audit: KPMG, Ernst & Young, Deloitte et PricewaterhouseCoopers.

* Commissaire du Gouvernement au Conseil d'Etat

Sur le fond, les requérants soutenaient pour l'essentiel que les nouvelles incompatibilités posées par le code de déontologie portaient une atteinte excessive à la liberté d'exercice de leur profession. Le Conseil d'Etat écarte cette première série de moyens, que nous examinerons ici brièvement (I).

Cependant, les cabinets d'audit critiquaient également les modalités d'application dans le temps de ces nouvelles règles. Ils leur reprochaient d'entrer en vigueur immédiatement, sans délai de mise en conformité. Le juge administratif donne raison aux requérants sur ce second terrain: il censure le décret en tant qu'il ne prévoit pas de mesures transitoires. Le Conseil d'Etat fonde cette annulation partielle sur un nouveau principe: le principe de sécurité juridique (II).

I. LA VALIDATION DU CONTENU DU CODE DE DÉONTOLOGIE

Le code de déontologie des commissaires aux comptes trouve son origine dans la loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1^{er} août 2003. Celle-ci, adoptée à la suite des scandales financiers qui ont marqué le début de la décennie (affaires Enron et Arthur Andersen), a procédé à une importante réforme de la profession de commissaire aux comptes. Elle institue notamment de nouvelles exigences en matière de déontologie, lesquelles sont codifiées aux articles L. 822-9 à L. 822-16 du code de commerce, regroupés dans une section intitulée « *De la déontologie et de l'indépendance des commissaires aux comptes* ». Le décret litigieux avait été pris, sur le rapport du Garde des sceaux, ministre de la justice, en application de l'article L. 822-16, qui prévoit que: « *un décret en Conseil d'Etat approuve un code de déontologie de la profession, après avis du Haut Conseil du commissariat aux comptes* ».

Les recours critiquaient la sévérité des règles posées par le nouveau code de déontologie. Pour l'essentiel, ils soutenaient qu'elles portaient une atteinte excessive au libre exercice de la profession de commissaire aux comptes. Cette argumentation s'inscrivait dans la perspective de la décision d'Assemblée du Conseil d'Etat du 28 juillet 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables*¹, dans laquelle le juge administratif exerce un contrôle étroit sur l'équilibre entre d'une part, les exigences de la déontologie et, d'autre part, les libertés professionnelles. Mais, en réalité, le décret venait en grande partie préciser des règles déjà posées par la loi. L'article L. 822-11 du code de commerce pose en effet deux séries d'interdictions: celle, classique, des conflits d'intérêts (A), et celle, plus précise, du cumul des fonctions de contrôle et de conseil (B).

A. La prohibition des conflits d'intérêts

L'article L. 822-11 prohibe, au premier alinéa de son I, les situations de conflit d'intérêts: « *Le commissaire aux comptes ne peut prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la personne (...) dont il est chargé de certifier les comptes, ou auprès d'une personne qui la contrôle ou qui*

est contrôlée par elle (...) ». Et, plus précisément, le second alinéa prévoit que le code de déontologie définit les « *liens personnels, financiers, et professionnels* » que le commissaire ne peut avoir avec l'entreprise qu'il contrôle.

Les types de liens interdits sont donc définis aux articles 26 à 30 du code, regroupés dans un titre V « *Liens personnels, financiers et professionnels* », qui étaient largement critiqués par les requérants. Il est vrai que le décret a retenu une interprétation très rigoureuse de la notion de conflit d'intérêts. On peut l'illustrer par deux exemples, relatifs aux liens familiaux et aux liens financiers.

1°) *Liens familiaux*

L'article 27 du code concerne l'hypothèse des liens familiaux : un commissaire aux comptes ne peut certifier les comptes d'une entreprise dans laquelle une personne occupant une « *fonction sensible* » a un lien familial non seulement avec le commissaire aux comptes lui-même, mais également avec les associés du bureau auquel il appartient. Selon les requérants, s'agissant de cabinets de grande taille, comptant plus d'une centaine d'associés, cette exigence était disproportionnée. Mais le Conseil d'Etat écarte ce moyen. En effet, cette incompatibilité, qui a de solides justifications, est limitée à l'hypothèse dans laquelle la personne avec laquelle le commissaire a des liens exerce au sein de l'entreprise une « *fonction sensible* » - notion qui est définie par l'article 26. En outre, le Conseil d'Etat formule une réserve d'interprétation qui permet de pendre en compte la spécificité des grands cabinets : il relève qu'il résulte des termes mêmes de l'article 27 qu'un bureau doit s'entendre comme « *un sous-groupe distinct défini par une société de commissaires aux comptes sur la base de critères géographiques ou d'organisation* ». Dès lors, une interprétation raisonnable de cet article devrait conduire à limiter le champ de l'incompatibilité aux seuls associés exerçant non seulement au sein d'une même structure *géographique* – par exemple, l'antenne parisienne d'un cabinet – mais aussi, à l'intérieur de celle-ci, au sein d'un même *département*, lorsque celui-ci constitue un sous-groupe clairement distinct du point de vue de l'organisation.

2°) *Liens financiers*

L'article 28 du code évoque le cas des liens financiers. Il définit la notion de liens financiers d'une façon assez large, puisqu'il interdit non seulement la détention d'actions par le commissaire aux comptes dans l'entreprise certifiée, mais aussi le fait d'être titulaire d'un compte bancaire ou de souscrire un contrat d'assurance auprès de celle-ci. La première interdiction paraît évidente, les autres le sont un peu moins, d'autant plus qu'elles s'appliquent non seulement au commissaire aux comptes lui-même, mais également à ses associés du même bureau. Les requérants relevaient que le contrôle d'une banque ou d'une compagnie d'assurance devenait très délicat. A nouveau, ce moyen est écarté

par le Conseil d'Etat, qui relève que « l'article 28 répond à la nécessité de prévenir tout risque de voir mise en cause l'indépendance du commissaire aux comptes ».

B. L'interdiction du cumul des fonctions

En second lieu, c'est également la loi elle-même – et non le décret – qui interdit le cumul des fonctions d'audit et de conseil.

1°) *La relation entre le commissaire aux comptes et son client.*

Le cœur du principe, c'est l'impossibilité de cumuler, vis à vis d'un même client, et pour un même commissaire, une mission de certification des comptes et une prestation de services. **L'article 10** du code de déontologie dresse ainsi une liste de prestations de service qu'il est interdit au commissaire aux comptes de fournir à la personne dont il certifie les comptes. Toutefois, le code se borne ici à illustrer la loi. Cette liste n'a qu'un caractère indicatif et non pas limitatif. En effet, c'est la loi elle-même qui pose le principe de l'interdiction – au premier alinéa du II de l'article L. 822-11, qui interdit : « toute prestation de services n'entrant pas dans les diligences directement liées à la mission de commissaire aux comptes ». En outre, les prestations énumérées à l'article 10 relèvent de toute évidence de cas d'immixtion dans la gestion, strictement interdits au commissaire aux comptes – par exemple, la participation du commissaire « 2°) à la réalisation de tout acte de gestion ou d'administration » ou « 3°) au recrutement de personnel ». Dès lors, le Conseil d'Etat juge, d'une part, que le pouvoir réglementaire était bien compétent pour établir une telle liste et, d'autre part, que celle-ci n'a pas de caractère disproportionné.

2°) *L'extension aux entreprises du même groupe et aux cabinets membres du réseau*

Par ailleurs, cette interdiction de base fait l'objet de deux types d'extension, soit du côté de l'entreprise certifiée, soit du côté du commissaire aux comptes.

Première extension, du côté de l'entreprise certifiée : la loi prolonge la même interdiction, tant aux entreprises *qui contrôlent* l'entreprise certifiée qu'à celles *qui sont contrôlées* par elle – autrement dit tant à la société mère qu'à la société fille. Ce cas est également régi par **l'article 10** du code de déontologie.

Deuxième extension, du côté du commissaire aux comptes : les autres cabinets membres du réseau sont également visés. Si l'entreprise certifiée bénéficie d'une prestation de service d'un membre du réseau, alors le commissaire aux comptes ne peut certifier ses comptes (II de l'article L. 822-11, second alinéa), une telle situation étant réputée affecter son indépendance. Pour l'application de cette interdiction, **l'article 22** du code de déontologie définit la notion de réseau, et **l'article 23** prévoit qu'en cas de doute, le commissaire

aux comptes peut saisir le Haut Conseil du commissariat aux comptes. Le Conseil d'Etat valide également ces dispositions, estimant que ces articles font une exacte application de la loi.

Enfin, si l'on croise les deux cas de figure précédents, il restait à traiter de l'hypothèse où un membre du réseau fournit une prestation de service, non pas directement à l'entreprise certifiée, mais à une entreprise qui la contrôle ou est contrôlée par elle. C'est ce que fait le second alinéa du I de l'article L. 822-11. Mais la loi ne pose pas ici d'interdiction de principe : elle renvoie au code de déontologie le soin de préciser : « *les situations dans lesquelles l'indépendance du commissaire aux comptes est affectée* » par cette fourniture de prestations de services. C'est l'article 24 du code de déontologie qui, en application de cette disposition, dresse une liste de situations qui affectent l'indépendance du commissaire aux comptes. Dans ce cadre, la liste de l'article 24 revêt bien un caractère limitatif, contrairement à celle de l'article 10. Mais, si les interdictions énoncées sont relativement larges, elles se justifient le plus souvent d'elles-mêmes – par exemple, au 2°, l'accomplissement d'acte de gestion ou d'administration, ou encore, au 4°, la tenue de la comptabilité. Dès lors, le Conseil d'Etat juge que « *les dispositions de cet article, qui ne sauraient être regardées comme instituant un régime d'interdiction complet (...), ne sont pas excessives au regard de l'objectif de sauvegarde de l'indépendance du commissaire aux comptes* ».

Au total, le code de déontologie adopte sans doute une conception très rigoureuse des règles de déontologie. Pour autant, il ne porte pas une atteinte excessive aux libertés professionnelles, dès lors qu'il est justifié par l'impératif de protection de l'indépendance des commissaires aux comptes.

II. LA CONSÉCRATION DU PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

Par un hasard du calendrier, l'Assemblée du contentieux rejoint ici les préoccupations exprimées par le rapport annuel pour 2006 du Conseil d'Etat. Celui-ci, en date du mois de mars 2006, était précisément consacré au thème « *Sécurité juridique et complexité du droit* ». Il constate l'aggravation du problème de l'inflation législative et en analyse les causes: développement du droit international et communautaire, demande de lois par les citoyens en raison de la force symbolique qui s'y attache, recherche de l'annonce médiatique par les gouvernants. D'où une complexité excessive et une instabilité chronique de la règle de droit. Le nombre de texte en vigueur ne cesse d'augmenter: le rapport relève qu'aux 9.000 lois et 120.000 décrets recensés en 2.000 sont venus s'ajouter, en moyenne, 70 lois, 50 ordonnances et 1.500 décrets par an. Le Conseil d'Etat revient sur sa recommandation récurrente : « *légiférons moins, légiférons mieux* ».

L'arrêt Société KPMG répond ainsi, avec une synchronisation inédite, au rapport du Conseil d'Etat: d'une part, il fait application de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme (A) ; d'autre part, il censure l'absence dans le

décret de dispositions transitoires (B). Il consacre ainsi les deux axes – formel et temporel – du principe de sécurité juridique.

A. L'axe formel: l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme

C'est le Conseil constitutionnel qui avait consacré pour la première fois cet objectif de valeur constitutionnel, par sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 relative à la codification par ordonnance.

Le Conseil d'Etat, pour sa part, avait hésité dans un premier temps à consacrer ce principe. En effet, cet « objectif » est issu du contrôle de constitutionnalité des lois, et l'on pouvait estimer qu'il n'était pas directement opposable à un acte administratif. Ainsi, certains arrêts avaient rejeté un tel moyen « en tout état de cause », c'est à dire en évitant soigneusement de se prononcer sur le point de savoir si l'invocation de cet objectif était opérante ou non devant le juge administratif.² Mais un arrêt récent, rendu par les 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, a finalement jugé que le moyen tiré de la violation de l'objectif constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la norme était *opérant* à l'encontre d'un décret.³

Par l'arrêt *Société KPGM*, le Conseil d'Etat confirme solennellement en Assemblée ce récent revirement de jurisprudence. Les requérants critiquaient l'imprécision qui, selon eux, affectait certains articles. Le juge écarte ce moyen *au fond*, en considérant qu'en l'espèce les dispositions litigieuses étaient suffisamment précises. Ce faisant, il accepte donc expressément d'examiner un tel argument, et considère donc implicitement que le moyen « *tiré de la violation de l'objectif de valeur constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme* » est bien invocable contre un décret.

Cet « objectif » constitue un élément important du principe de sécurité juridique. Comme le relève le rapport du Conseil d'Etat pour 2006 « *l'intelligibilité implique la lisibilité autant que la clarté et la précision des énoncés ainsi que leur cohérence* ». ⁴ Ainsi, le justiciable pourra-t-il désormais critiquer, devant le juge administratif, une disposition réglementaire au motif que celle-ci n'est pas suffisamment claire ou précise. Certes, on peut supposer que les cas de censure demeureront exceptionnels, comme ils le sont d'ailleurs pour les lois critiquées sur ce terrain devant le juge constitutionnel. Mais il ne faut pas exclure, dans certaines hypothèses, des annulations. Ainsi, le Conseil constitutionnel vient-il de déclarer contraire à la Constitution, par une décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, un article de la loi de finances pour 2006 en raison de son excessive complexité qu'aucun motif d'intérêt général suffisant ne justifiait en l'espèce.

B. L'axe temporel : la prévisibilité de la norme et l'exigence de mesures transitoires

C'est sous cet angle que l'arrêt *Société KPMG* est sans doute le plus remarquable. Le Conseil d'Etat, après avoir écarté l'application du principe

de « confiance légitime », issu du droit communautaire, consacre le principe de sécurité juridique et en déduit l'exigence, dans certains cas, de dispositions transitoires.

1°) *L'exclusion du principe de confiance légitime*

Le principe de confiance légitime constitue un principe général du droit communautaire dégagé par la Cour de justice des Communautés européennes.⁵ Il trouve son domaine de prédilection en matière de réglementation économique. Il vise à protéger les droits subjectifs des opérateurs face à une modification imprévisible de la règle de droit qui aurait pour effet de causer des pertes financières.

Le Conseil d'Etat admet sans difficulté l'invocation de ce principe contre un acte pris *pour l'application* du droit communautaire.⁶ La question est de savoir si l'on peut étendre ce principe pour en faire un principe général de l'ordre juridique national. Le tribunal administratif de Strasbourg avait répondu par l'affirmative en consacrant par un jugement du 8 décembre 1994 le principe de confiance légitime comme un principe du droit interne.⁷ Mais le Conseil d'Etat avait infirmé ce raisonnement: il considère qu'en dehors du droit communautaire, le principe de confiance légitime est inopérant.⁸

En l'espèce, la question se posait à nouveau, puisque les requérants invoquaient ce principe: ils soutenaient que le décret y portait atteinte, au motif qu'il avait modifié brutalement les règles de déontologie sans prévoir de dispositions transitoires. Or, il était clair que l'acte en cause n'était pas pris *pour l'application* du droit communautaire. Le Conseil d'Etat confirme ici sa jurisprudence traditionnelle: il relève que la situation juridique litigieuse n'est pas régie par le droit communautaire et, par suite, écarte le moyen comme inopérant. En effet, le principe de confiance légitime conduit à prendre en compte un point de vue *subjectif* qui est étranger à la conception classique du recours pour excès de pouvoir, et qui ne peut trouver sa place, dans la tradition française, qu'en matière de recours indemnitaire.⁹

2°) *La reconnaissance du principe de sécurité juridique*

Mais les requérants critiquaient également les modalités d'application dans le temps du code de déontologie sous l'angle du droit *interne*. Ils adressaient pour l'essentiel deux reproches au décret: d'une part, ils soutenaient qu'il était entaché d'une rétroactivité illégale, en tant qu'il s'appliquait aux contrats en cours; d'autre part, ils estimaient que le décret aurait dû prévoir des dispositions transitoires, en aménageant un délai permettant aux intéressés de se mettre en conformité avec les règles nouvelles. Ces deux questions étaient théoriquement distinctes, puisqu'il s'agissait de savoir, dans le premier cas, *si* le décret pouvait ou non s'appliquer aux contrats en cours et, dans le second, *quand* il devait s'appliquer à ces contrats – dès son entrée en vigueur, ou après dans un délai de

transition. Elles n'en étaient pas moins liées : le Conseil d'Etat admet finalement que le décret s'applique aux contrats en cours, mais à condition d'avoir prévu des mesures transitoires.

a) Le Conseil d'Etat admet l'application du décret aux contrats en cours

La mise en œuvre du décret impliquait en effet, pour les cabinets concernés, de mettre fin à certains des mandats qu'ils détenaient, en vue de se conformer aux nouvelles règles d'incompatibilité. Cette application aux contrats en cours était-elle entachée d'une rétroactivité illégale, comme le soutenaient les requérants ? Le Conseil d'Etat répond par la négative.

➤ **Certes, le décret est rétroactif, puisqu'il remet en cause des contrats en cours.**

Le juge écarte d'abord implicitement une éventuelle interprétation neutralisante qui aurait consisté à dire que, dans le silence du texte, le décret devait être interprété comme ne s'appliquant pas aux contrats en cours. Une telle interprétation aurait présenté l'inconvénient de maintenir les mandats en cours jusqu'à leur expiration, c'est-à-dire pour une période pouvant aller jusqu'à près de six ans. Il paraissait difficile de laisser ainsi subsister pour une telle durée des incompatibilités désormais interdites par la loi.

Le juge écarte également un autre débat secondaire, venu se greffer sur la question de la rétroactivité : le mandat du commissaire aux comptes est-il un véritable contrat ? La question de la nature juridique du lien qui unit le commissaire à la société certifiée est en effet discutée en doctrine.¹⁰ Ainsi le ministre de la justice soutenait-il, en défense, que la mission du commissaire aux comptes était d'ordre statutaire et non contractuel, et que, par suite, il était possible d'y mettre fin à tout moment par voie réglementaire. De fait, l'existence et le contenu du contrat sont ici largement déterminés par la loi. Toutefois, cette circonstance ne suffit pas, à elle seule, à faire perdre à un acte juridique sa nature contractuelle. Les exemples abondent de contrats qui placent les cocontractants dans une situation statutaire, à commencer par le contrat de société ou le contrat de mariage. Il n'est pas contestable que ces actes sont nés de la rencontre des volontés et qu'ils ont donc, au moins en ce qui concerne les conditions de leur formation, un aspect contractuel. Dès lors, selon le Conseil d'Etat, les commissaires aux comptes sont titulaires de mandats dont ils sont « *contractuellement investis* ». Le nouveau code de déontologie porte donc bien atteinte à des contrats en cours.

Le décret est donc rétroactif. Le juge relève expressément « *qu'une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur sans revêtir par là même un caractère rétroactif* ». Un contrat reste normalement régi par la loi en vigueur le

jour de sa confection, même en cas de changement de règle.¹¹ C'est le principe de « la survie de la loi ancienne », consacré par la Cour de cassation¹² comme par le Conseil d'Etat.¹³ Un contrat institue une règle du jeu à laquelle les parties ont décidé de se soumettre pendant une durée prédéterminée. Dès lors, appliquer une loi nouvelle aux contrats en cours revient à modifier rétroactivement une clause essentielle du contrat, celle relative à la durée d'application du régime qu'il met en place. Il n'y a donc pas de doute sur le fait qu'une règle qui s'applique aux contrats en cours est entachée de rétroactivité.

➤ **Mais cette rétroactivité n'est pas nécessairement illégale.**

S'agissant de *la loi*, d'abord, on admet traditionnellement qu'une règle nouvelle puisse s'appliquer aux contrats en cours pour des raisons d'ordre public particulièrement impérieuses.¹⁴ En effet, le principe de non-rétroactivité des lois, posé par l'article 2 du code civil, n'a de valeur constitutionnelle qu'en matière répressive. Dès lors, le Conseil constitutionnel admet qu'une loi remette en cause des contrats antérieurement conclus pour un motif d'intérêt général.¹⁵

S'agissant de l'application *des décrets* aux contrats en cours, le Conseil d'Etat se réfère à sa jurisprudence habituelle en matière de rétroactivité : celle-ci est interdite, sauf autorisation de la loi. Mais l'autorisation peut être *implicite* : par exemple, en matière de réglementation des prix, le Conseil d'Etat a admis que le pouvoir réglementaire tenait de la loi « *le pouvoir d'imposer les prix (...) à tous les usagers quelles que soient la nature et les clauses des contrats* », et que dès lors, les dispositions réglementaires litigieuses pouvaient être légalement appliquées avant l'expiration des contrats en cours.¹⁶

Dans l'arrêt *Société KPMG*, le Conseil d'Etat tient ce type de raisonnement. Certes, observe-t-il, « *seule une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public, fût-ce implicitement, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations (contractuelles)* ». Mais précisément, en l'espèce, souligne le juge, les dispositions législatives relatives à la déontologie « *dont la mise en œuvre est assurée par le code de déontologie, ont, en raison des impératifs d'ordre public sur lesquelles elles reposent, vocation à s'appliquer aux membres de la profession (...) sans que leur effet se trouve reporté à l'expiration du mandat dont les intéressés ont été contractuellement investis* ». Ainsi, le décret disposait d'une autorisation législative implicite, et sa rétroactivité n'est donc pas illégale.

b) Le Conseil d'Etat consacre le principe de sécurité juridique, et en déduit l'exigence de mesures transitoires

Il restait alors à examiner la seconde branche du moyen: les requérants soutenaient que, même en supposant que le décret puisse s'appliquer aux contrats en cours, il ne pouvait pas le faire *immédiatement*. Les auteurs du texte auraient dû aménager, dans des dispositions transitoires, un délai de mise en conformité.

➤ Le revirement de jurisprudence

Si le Conseil d'Etat s'était référé à sa jurisprudence traditionnelle, il aurait écarté le moyen comme « inopérant ». En effet, une loi ou un règlement doit normalement s'appliquer dès sa publication si ses dispositions sont suffisamment précises.¹⁷ C'est pourquoi, par exemple, est illégal le refus de prendre, après un délai raisonnable, un décret nécessaire à l'application d'une loi.¹⁸ C'est pourquoi, également, nul n'a droit au maintien d'une réglementation.¹⁹ Le Conseil d'Etat aurait donc pu facilement rejeter l'argument des requérants en relevant que l'on ne peut utilement contester la date d'entrée en vigueur d'un texte en tant qu'elle est trop rapprochée, puisque la loi a vocation à s'appliquer le plus rapidement possible.

Pourtant, l'arrêt *Société KMPG* donne raison aux requérants. Dans son article 1^{er}, il annule le décret portant code de déontologie « *en tant qu'il ne prévoit pas de mesures transitoires relatives aux mandats de commissaires aux comptes en cours à la date de son entrée en vigueur* ».

A cette fin, le Conseil d'Etat pose une règle nouvelle :

« il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ». En l'espèce, le juge considère que « à défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, les exigences et interdictions qui résultent du code apporteraient, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique ».

Ainsi le principe de sécurité juridique est-il solennellement consacré par l'arrêt *Société KPMG*. Et le Conseil d'Etat en déduit l'obligation faite au pouvoir réglementaire de prévoir, dans certaines hypothèses, de mesures transitoires lors de l'édiction d'une réglementation nouvelle.

Il faut lire ce considérant de principe en parallèle avec le rapport du Conseil d'Etat pour 2006, qui, après avoir relevé que l'approche traditionnelle avait été confirmée à plusieurs reprises, « *l'invocation du principe de sécurité juridique étant jugée inopérante* », annonçait que « *cette jurisprudence sera peut-être infléchie* ».²⁰

➤ Les justifications du revirement de jurisprudence

Quatre séries de considérations peuvent justifier ce revirement de jurisprudence.

En premier lieu, l'exigence de mesures transitoires est une **règle de bon sens**. En l'espèce, l'entrée en vigueur immédiate du nouveau code de déontologie

posait de réelles difficultés d'application pour les situations en cours. Des délais techniques incompressibles empêchaient matériellement les cabinets d'être en règle vis-à-vis de la nouvelle réglementation dès le lendemain de sa publication au *Journal officiel*. Par exemple, pour les sociétés anonymes, le commissaire aux comptes est nommé par l'assemblée générale sur la base d'un projet de résolution émanant du conseil d'administration (article L. 225-228 du code de commerce). De même, un délai était nécessaire pour mettre en place au sein d'un cabinet un système d'information interne permettant d'être en mesure de connaître la situation précise de l'ensemble des associés au regard des nouvelles exigences. Dès lors, la méconnaissance de la règle nouvelle était donc quasiment inévitable. Or, celle-ci pouvait théoriquement faire l'objet de sanctions, tant disciplinaires que pénales.

A cet égard, on pouvait développer par analogie une sorte de *théorie du feu orange*. Les conclusions prononcées sur l'arrêt proposaient d'imaginer, un instant, ce que serait un monde sans feu orange, dans lequel les feux de signalisation seraient binaires, et passeraient brusquement du vert au rouge : « *Si un automobiliste, emporté sur sa lancée, provoquait un accident, qui, de lui ou du concepteur des feux, serait responsable ? Au fond, les mesures transitoires sont à la sécurité juridique ce que les feux oranges sont à la sécurité routière...* ». Cette solution présentait ainsi l'avantage d'introduire un peu de souplesse et permettait de sortir d'un raisonnement binaire du tout ou rien, entre la rétroactivité illégale et l'application immédiate.

En second lieu, l'arrêt *Société KPMG* est lié à une préoccupation accrue pour la « **qualité de la réglementation** ». Cette dernière a fait l'objet, en 2002, d'un rapport établi par un groupe de travail interministériel, présidé par Dieudonné Mandelkern, puis en 2004, d'un rapport au Premier ministre d'un groupe de travail présidé par Bruno Lasserre.²¹ Ces divers travaux ont abouti à la publication, en 2005, d'un *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*.²² Dans cette perspective, l'exigence de mesures transitoires n'est pas nouvelle. Le Conseil d'Etat, dans ses sections administratives, s'emploie régulièrement à rappeler leur nécessité à l'administration. Ainsi, Catherine Bergeal rappelle-t-elle la formule d'un avis de la Section des Travaux publics, selon laquelle il convient parfois d'assouplir les conditions d'entrée en vigueur d'un texte, pour « *permettre aux personnes qui exercent actuellement les activités réglementées par le droit de s'adapter à la nouvelle situation* ». ²³ L'arrêt de l'Assemblée s'inscrit donc dans le prolongement de l'action des formations administratives du Conseil d'Etat.

En troisième lieu, la consécration par le juge du principe de sécurité juridique répond à **une invitation de la doctrine**. La littérature sur le sujet est très abondante. Les articles sont nombreux.²⁴ Une thèse a été soutenue en 2003 par Anne-Laure Valembois sur « *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français* ». Le Conseil d'Etat lui-même, comme on l'a vu, a consacré en 2006 les considérations générales de son rapport d'activité au thème de la sécurité juridique.²⁵

A cet égard, l'arrêt *Société KPMG* constitue une belle illustration des rapports entre le juge et la doctrine, notamment au regard de la problématique de la création des principes généraux du droit. En réalité, à la date à laquelle le Conseil d'Etat le consacre, on pourrait soutenir que le principe de sécurité juridique existait déjà : de nombreux articles avaient été écrits à son sujet, depuis plus de dix ans, et le terme lui-même était entré dans le langage courant. Ce principe n'est donc ni « créé », ni « inventé » par le juge : le Conseil d'Etat se borne à constater, à un moment donné, l'existence d'un consensus dans la communauté des juristes sur la nécessité de la reconnaissance d'un tel principe. La part propre du juge consiste surtout dans la formalisation du principe, dans l'attribution d'une valeur dans l'ordre juridique. Au fond, le rôle du juge vis-à-vis d'un principe général du droit n'est pas très éloigné de celui du Président de la République vis-à-vis d'une loi, dans l'acte de promulgation : un rôle d'authentification.

Enfin, en dernier lieu, l'arrêt *Société KPMG* n'est pas sans **filiation jurisprudentielle**. D'une part, on y peut voir un écho aux décisions d'autres juridictions : celles de la Cour de justice des Communautés européennes, qui a reconnu le principe de sécurité juridique dans l'ordre juridique communautaire²⁶; celles de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a également consacré ce principe comme inhérent au droit de la Convention européenne des droits de l'homme²⁷; ou celles du Conseil constitutionnel, qui rattache les exigences de qualité de la loi et de sécurité juridique à la nécessaire « *garantie des droits* » consacrée par l'article 16 de la Déclaration de 1789.²⁸

D'autre part, l'arrêt *Société KPMG* peut trouver des filiations dans la jurisprudence du Conseil d'Etat lui-même. Il s'inscrit dans le cadre d'évolutions jurisprudentielles récentes, qui reflètent une préoccupation croissante pour les modalités d'application de la règle de droit dans le temps.²⁹ Mais il prolonge aussi la jurisprudence la plus traditionnelle, qui a toujours tenu compte de l'exigence de stabilité des situations juridiques, depuis la décision *Dame Cachet* du 3 novembre 1922 (retrait des actes créateurs de droit) à l'arrêt *Société du Journal l'Aurore* du 25 juin 1948 (principe de non-rétroactivité). Comme l'indiquait Jean-Michel Belorgey dans un article sur « *La sécurité juridique, le point de vue du juge administratif français* »³⁰ le Conseil d'Etat a depuis longtemps fait prévaloir des solutions jurisprudentielles qui, « *avec ou sans le mot* », étaient dictées par un souci de « *sécurité juridique* ».

➤ Les modalités de mise en œuvre de ce principe

Quelques précisions peuvent enfin être apportées sur les modalités de mise en œuvre de l'exigence de dispositions transitoires.

D'abord, **sa portée** doit être relativisée. Le principe reste l'application immédiate de la règle nouvelle, et donc l'absence de mesures transitoires. La

solution est cantonnée aux seuls cas où la raison commande impérativement de prévoir un délai de mise en conformité. L'exigence d'un dispositif transitoire résultera, dans le cadre d'une appréciation au cas par cas, d'une *balance entre l'inertie du passé et l'urgence du présent*, ou encore entre:

- d'un côté, la nécessité d'une application immédiate: celle-ci doit tenir compte de la nature et de la finalité de la règle en cause; elle sera évidemment particulièrement forte dans le cas d'une législation d'ordre public;
- et d'un autre côté, la nature des droits qui sont remis en cause, l'importance du bouleversement ou encore les obstacles pratiques à la mise en œuvre de la nouvelle règle.

En revanche, s'agissant de son **champ d'application**, l'exigence de dispositions transitoires est assez large, puisqu'elle susceptible de concerner l'ensemble des *situations en cours*: elle n'est pas cantonnée à la seule hypothèse des situations *contractuelles*. Certes, comme le relève le Conseil d'Etat, il incombe à l'administration d'édicter des mesures transitoires « en particulier » dans le cas des situations contractuelles. Mais cette exigence pourra également être invoquée pour des situations *de fait* auxquelles une réglementation nouvelle apporterait une profonde modification.

Enfin, la **sanction** d'une absence illégale de mesures transitoires n'est pas nécessairement l'annulation *totale* de la réglementation litigieuse. En l'espèce, le Conseil d'Etat prononce une annulation *partielle*: le code de déontologie des commissaires aux comptes est annulé *en tant* qu'il ne prévoit pas de dispositions transitoires pour les contrats en cours. Autrement dit, l'annulation a pour effet d'interdire l'application aux mandats en cours, faute de dispositions transitoires. Mais, d'une part, le décret reste entièrement valable pour les nouveaux mandats, établis postérieurement à son entrée en vigueur. Et, d'autre part, un nouveau décret pourra parfaitement prévoir l'application du code aux mandats en cours, dès lors qu'il serait accompagné de mesures transitoires. Un tel décret semblait d'ailleurs déjà être en cours de préparation à la date de rédaction de la présente chronique.

CONCLUSION

Dès 1996, Daniel Labetoulle, alors président de la Section du Contentieux du Conseil d'Etat, invoquait le principe de sécurité juridique dans un article aux *Mélanges Braibant*.³¹ Dix ans plus tard, l'Assemblée du contentieux le consacre solennellement. En l'espèce, elle en déduit l'obligation pour l'autorité investie du pouvoir réglementaire, de prévoir, s'il y a lieu, des dispositions transitoires. Nul doute que de ce principe fécond sera à l'origine d'autres avancées de l'Etat de droit et contribuera ainsi au renforcement de la qualité de la réglementation.

¹ Cf. *Recueil Lebon*, p. 492.

² Par exemple CE, 18 février 2004, *Commune de Savigny-le-Temple*, n. 251016.

³ CE, 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN CFTD et autres*, à publier aux tables.

⁴ *Sécurité juridique et complexité du droit. Rapport CE 2006*. Paris: La Documentation française, 2006, p. 282.

⁵ CJCE, affaire 81/72, 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*; affaire 112/77, 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*.

⁶ CE, Assemblée, 11 juillet 2001, *FNSEA*, p. 340.

⁷ Cf. Conclusions Joseph Pommier, publié à la Semaine juridique, Ed. Gen. n. 30, 26 juillet 1995; HEERS, Mireille. La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime? *RFDA*, 1995, p. 963.

⁸ CE, 9 mai 2001, *Entreprise personnelle de transports Freymuth*, aux tables p. 865.

⁹ PUYSSOCHET, Jean-Pierre. Vous avez dit confiance légitime? In: *Mélanges en l'honneur de Guy Braubant*. Paris: Dalloz, 1996.

¹⁰ Par exemple: GUYON, Y. *Droit des affaires*. Tome 1. Paris: Economica, n. 360 ; RIPERT, G. et ROBLOT, R. *Traité de droit commercial*. Paris: LGDJ, 18^{ème} ed., Tome 1, n. 1720; VIDAL, D. *Droit des sociétés*. 5. ed. Paris: LDGJ, 2006, p. 327; et MONEGER, J. et GRANIER, T. *Le commissaire aux comptes*. Paris: Dalloz, 1996, p. 135.

¹¹ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. 2^{ème} ed. Paris: Dalloz, 1960; BERGEL, Jean-Louis. *Méthodologie juridique*. Paris: PUF, 2001, p. 200 et s.

¹² C. Cass., 27 mai 1861; C. Cass., Ch. réunies, 13 janvier 1932, D. 1932.I.18, rapport Pilon; C. Cass, ch. civ, 1ère sect. civ., 29 avril 1960, D. 1960.429.

¹³ CE, Assemblée, 14 mai 1965, *Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance*, p. 279; Section, 29 janvier 1971, *Sieur Emery*, AJDA 1971.409 avec les conclusions Gabriel Vught; Section du 19 décembre 1980, *Revillod*, conclusions Bruno Genevois publiées au recueil Dalloz Sirey 1981 p. 398; Section, 3 novembre 1997, *Société Intermarbre*, p. 393.

¹⁴ Par exemple: Cass. Civ., 22 avril 1929, D.H. 1929.281 en matière de droit du travail; C. Cass. Soc., 20 mars 1952, D. 1952.453, en matière de baux.

¹⁵ Décision n. 98-401 DC du 10 juin 1998 sur la loi relative à la réduction du temps de travail ; décision n. 2002-464 DC du 27 décembre 2002, cons. n° 54. Voir GENEVOIS, Bruno. Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois. In : *Mélanges Pierre Avril*. Paris: 1999, p. 243 et s., notamment p. 258 et 259.

¹⁶ CE 2 juin 1972, *Syndicat national de la production autonome d'électricité et Société « Les forces motrices de la Frasse »*, p. 409.

¹⁷ ODENT. Raymond. *Cours de contentieux administratif*. Paris: LGDJ, 1977, p. 421.

¹⁸ CE, 27 novembre 1964, *dame veuve Renard*.

¹⁹ Cf. les arrêts suivants du Conseil d'Etat: 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, p. 379; Section, 29 mars 1956, *Société Léon Claeys*.

²⁰ *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 293.

²¹ LASSERRE, Bruno (Dir.) *Pour une meilleure qualité de la réglementation*. Paris: La documentation française, 2004.

²² LECLERC, Jean-Pierre (Dir.). *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*. Paris: La Documentation française, 2005.

²³ Avis n. 55668 des 18 janvier et 22 février 1994, cité dans BERGEAL, Catherine. *Savoir rédiger un texte normatif*. 4^{ème} éd. Paris : Berger-Levrault, 2004, p. 147.

²⁴ PACTEAU, Bernard. La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, Paris, 1995, p. 151 et ss.; FROMONT, Michel. Le principe de sécurité juridique. *AJDA* 1996, p. 179 et ss; VAPAILLE, Laurence.

Le principe de sécurité juridique: réalité et avenir en droit administratif français. *Petites affiches*, Paris, 10 août 1999, p. 18 et ss; DELAMARRE, Manuel. La sécurité juridique et le juge administratif français. *AJDA*, Paris, 2004, p. 186; MATHIEU, Bertrand. Constitution et sécurité juridique. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999.

²⁵ *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., avec notamment la contribution doctrinale remarquable de John S. Bell, Olivier Dutheillet de Lamothe et Nicolas Molfessis.

²⁶ CJCE, 6 avril 1962, affaire 13/61, *De Geus en Uitdenboger d/ Bosch*; affaire 18/89, 7 février 1991, *Tagaras c/ Cour de justice*.

²⁷ CEDH, 13 juillet 1979, *Marckx c/ Belgique*.

²⁸ Pour un exemple récent: Décision n. 2005-530 DC du 29 décembre 2005 sur la loi de finances.

²⁹ CE Assemblée, 26 octobre 2001, *Ternon*, p. 497 (retrait des actes); Section, 6 février 2004, *Mme Hallal*, p. 436 (substitution de motifs en cours d'instance); Assemblée, 11 mai 2004, *Association AC !*, p. 197 (modulation des effets d'une annulation contentieuse), ou encore Assemblée, 8 juillet 2005, *Société Alusuisse Lonza France*, à paraître au recueil (prescription trentenaire en matière d'installations classées).

³⁰ Conférence prononcée à la Cour de cassation lors du Séminaire franco-brésilien des 19-21 septembre 2005.

³¹ LABETOULLE, Daniel. Principe de légalité et principe de sécurité. In: *Mélanges Guy Braibant*. Paris: Dalloz, 1996.

O PRINCÍPIO DE SEGURANÇA JURÍDICA CONSAGRADO PELO CONSELHO DE ESTADO

RESUMO

Trata-se de crônica acerca de decisão do Conselho de Estado francês que consagrou o princípio da segurança jurídica na esfera das regulamentações administrativas, notadamente para que os textos prevejam disposições transitórias.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho de Estado. Princípio. Segurança Jurídica. Atividade normativa. Administração.

THE PRINCIPLE OF JURIDICAL SECURITY AS DEFINED BY THE STATE COUNCIL

ABSTRACT

The paper tackles the decision taken by the French State Council which established the principle of juridical security in the area of administrative regulation, notably in order that legal texts envisage transient provisions.

KEYWORDS: State Council. Principle. Juridical Security. Rulemaking activity. Administration.

EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Observações:

1. As Emendas Constitucionais aqui apresentadas estão transcritas na íntegra.
2. Texto modificado da Constituição Federal pode ser obtido no *site* oficial da Presidência da República (www.planalto.gov.br) ou do Senado Federal (www.senado.gov.br).

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 49, DE 8 DE FEVEREIRO DE 2006

Altera a redação da alínea b e acrescenta alínea c ao inciso XXIII do caput do art. 21 e altera a redação do inciso V do caput do art. 177 da Constituição Federal para excluir do monopólio da União a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O inciso XXIII do art. 21 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 21.

XXIII -

b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;

c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

.....” (NR)

Art. 2º O inciso V do caput do art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 177

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisó-

topos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

.....” (NR)

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

Brasília, em 8 de fevereiro de 2006

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 50, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2006

Modifica o art. 57 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 57 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.

.....

§ 4º Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

.....

§ 6º A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á:

.....

II - pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante, em todas as hipóteses deste inciso com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 7º Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º deste artigo, vedado o pagamento de parcela indenizatória, em razão da convocação.

.....” (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 14 de fevereiro de 2006

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 51, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2006

Acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 198 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º, 5º e 6º:

“Art. 198.

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.” (NR)

Art 2º Após a promulgação da presente Emenda Constitucional, os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, observado o limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Os profissionais que, na data de promulgação desta Emenda e a qualquer título, desempenharem as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias, na forma da lei, ficam dispensados de se submeter ao processo seletivo público a que se refere o § 4º do art. 198 da Constituição Federal, desde que tenham sido contratados a partir de anterior processo de Seleção Pública efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação.

Brasília, em 14 de fevereiro de 2006

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 52, DE 8 DE MARÇO DE 2006

Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 1º do art. 17 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 17.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

.....” (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002.

Brasília, em 8 de março de 2006.

Observação do organizador: vide ADI n. 3685-8

EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL

Observações:

1. A data indicada em negrito refere-se ao dia de publicação no Diário Oficial da União.
2. Íntegra dos textos legais pode ser obtida em www.planalto.gov.br.

30 de Junho de 2006

Medida Provisória nº 308, de 29.6.2006 - Fixa o subsídio dos cargos das Carreiras de Delegado de Polícia do Distrito Federal e de Polícia Civil do Distrito Federal.

Medida Provisória nº 307, de 29.6.2006 - Altera a Lei nº 11.134, de 15 de julho de 2005, no tocante aos valores da Vantagem Pecuniária Especial - VPE devida aos militares da Polícia Militar do Distrito Federal e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal.

Medida Provisória nº 306, de 29.6.2006 - Fixa os valores dos soldos dos militares das Forças Armadas.

Medida Provisória nº 305, de 29.6.2006 - Dispõe sobre a remuneração dos cargos das Carreiras de Procurador da Fazenda Nacional, Advogado da União, Procurador Federal e Defensor Público da União de que tratam a Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001 e a Lei nº 10.549, de 13 de novembro de 2002, da Carreira de Procurador do Banco Central do Brasil, de que trata a Lei nº 9.650 de 27 de maio de 1998, da Carreira Policial Federal, de que trata a Lei nº 9.266, de 15 de março de 1996, e a reestruturação dos cargos da Carreira de Policial Rodoviário Federal, de que trata a Lei nº 9.654, de 2 de junho de 1998, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 304, de 29.6.2006 - Dispõe sobre a criação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE e do Plano Especial de Cargos do Ministério do Meio Ambiente e do IBAMA; institui a Gratificação Específica de Docência dos servidores dos extintos Territórios Federais do Acre, Amapá, Rondônia e Roraima - GEDET; fixa o valor e estabelece critérios para a concessão da Gratificação de Serviço Voluntário, de que trata a Lei nº 10.486, de 4 de julho de 2002, aos militares dos extintos Territórios Federais do Amapá, Rondônia e Roraima; autoriza a redistribuição, para os Quadros de Pessoal Específico das Agências Reguladoras, dos servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo do Plano de Classificação de Cargos, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, ou planos correlatos das autarquias e fundações públicas, cedidos àquelas autarquias, nas condições que especifica; cria Planos Especiais de Cargos,

no âmbito das Agências Reguladoras referidas no Anexo I da Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004; institui a Gratificação de Efetivo Desempenho em Regulação - GEDR, devida aos ocupantes dos cargos do Plano Especial de Cargos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; cria as carreiras e o Plano Especial de Cargos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE e do Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais - INEP; aumenta o valor da Gratificação Específica de Publicação e Divulgação da Imprensa Nacional - GEPDIN, instituída pela Lei nº 11.090, de 7 de janeiro de 2005, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 303, de 29.6.2006 - Dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social nas condições que especifica e altera a legislação tributária federal.

Medida Provisória nº 302, de 29.6.2006 - Dispõe sobre a criação dos Planos Especiais de Cargos da SUFRAMA e da EMBRATUR, e da Gratificação Temporária dos Órgãos Centrais - GSISTE; a alteração de dispositivos da Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004, que dentre outras providências reestrutura a remuneração dos cargos das carreiras de Auditoria da Receita Federal, de Auditoria-Fiscal da Previdência Social e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, que dispõe sobre a criação, reestruturação e organização de carreiras, cargos e funções comissionadas técnicas no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e da Lei nº 10.479, de 28 de junho de 2002, que dispõe sobre a remuneração dos integrantes das carreiras de Diplomata, Oficial de Chancelaria e Assistente de Chancelaria; a instituição da Gratificação Específica de Apoio Técnico e Administrativo ao Serviço Exterior Brasileiro - GEASEB; a instituição da Gratificação Especial de Função Militar - GEFM; e dá outras providências.

Medida Provisória nº 301, de 29.6.2006 - Dispõe sobre a criação da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho, do Plano de Carreiras e Cargos de Ciência, Tecnologia, Produção e Inovação em Saúde Pública da FIOCRUZ, do Plano de Carreiras e Cargos do INMETRO e do Plano de Carreiras e Cargos do IBGE e do Plano de Carreiras e Cargos do IPI; o enquadramento dos servidores originários das extintas Tabelas de Especialistas no Plano de Classificação de Cargos, de que trata a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, e no Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987; a reestruturação da Carreira de Tecnologia Militar, de que trata a Lei nº 9.657, de 3 de junho de 1998, a criação da Carreira de Suporte Técnico à Tecnologia Militar e da Carreira de Apoio Operacional à Tecnologia Militar, a extinção da Gratificação de Desempenho de Atividade de Tecnologia Militar - GDATM e a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico Operacional em Tecnologia Militar - GDATEM; a alteração da Gratificação de Desempenho de Atividade de Controle e Segurança de Tráfego Aéreo - GDASA, de que trata a Lei nº 10.551, de 13 de novembro de 2002; alteração dos salários dos empregos públicos do Hospital das Forças Armadas - HFA, de que trata a Lei nº 10.225, de 15 de maio

de 2001; a criação de cargos na Carreira de Defensor Público da União; a criação das Funções Comissionadas do INSS - FCINSS; o auxílio-moradia para os servidores de Estados e Municípios para a União, a extinção e criação de cargos em comissão, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 300, de 29.6.2006 - Autoriza o Poder Executivo, na forma e condições estipuladas, a pagar valores devidos aos anistiados políticos de que trata a Lei no 10.559, de 13 de novembro de 2002, e dá outras providências.

Mensagem de Veto Total nº 486, de 29.6.2006 - Projeto de Lei nº 4.644, de 2004 (no 230/03 no Senado Federal), que “Altera os arts. 75 e 76 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, para regular o prazo de admissão temporária de embarcação estrangeira”.

29 de junho de 2006

Lei nº 11.313, de 28.6.2006 - Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal.

28 de junho de 2006

Lei nº 11.312, de 27.6.2006 - Reduz a zero as alíquotas do imposto de renda e da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF nos casos que especifica; altera a Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996; e dá outras providências.

Medida Provisória nº 299, de 27.6.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, no valor global de R\$ 925.459.839,00, para os fins que especifica.

20 de junho de 2006

Medida Provisória nº 298, de 19.6.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor de Operações Oficiais de Crédito, no valor de R\$ 1.000.000.000,00, para o fim que especifica.

14 de junho de 2006

Lei nº 11.311, de 13.6.2006 - Altera a legislação tributária federal, modificando as Leis nos 11.119, de 25 de maio de 2005, 7.713, de 22 de dezembro de 1988, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.964, de 10 de abril de 2000, e 11.033, de 21 de dezembro de 2004. Mensagem de veto

13 de junho de 2006

Lei nº 11.310, de 12.6.2006 - Institui o Dia Nacional da Língua Portuguesa.

Consulta Pública - Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP.

12 de junho de 2006

Medida Provisória nº 297, de 9.6.2006 - Regulamenta o § 5º do art. 198 da Constituição, dispõe sobre o aproveitamento de pessoal amparado pelo parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, e dá outras providências.

Consulta Pública - Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego.

9 de junho de 2006

Lei nº 11.309, de 8.6.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério dos Transportes, no valor de R\$ 57.554.718,00 (cinquenta e sete milhões, quinhentos e cinquenta e quatro mil, setecentos e dezoito reais) para o fim que especifica.

Medida Provisória nº 296, de 8.6.2006 - Dispõe sobre a criação de cargos efetivos, cargos de direção e funções gratificadas no âmbito do Ministério da Educação, para fins de constituição dos quadros de pessoal das novas instituições federais de educação profissional e tecnológica e das novas instituições federais de ensino superior.

30 de maio de 2006

Medida Provisória nº 295, de 29.5.2006 - Dispõe sobre a reestruturação das carreiras de Especialista do Banco Central do Brasil, de Magistério de Ensino Superior e de Magistério de 1º e 2º Graus e da remuneração dessas carreiras, das Carreiras da Área de Ciência e Tecnologia, da Carreira de Fiscal Federal Agropecuário e dos cargos da área de apoio à fiscalização federal agropecuária, estende a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnica de Fiscalização Agropecuária - GDATFA aos cargos de Técnico de Laboratório e de Auxiliar de Laboratório do Quadro de Pessoal do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, cria a Gratificação de Desempenho de Atividade de Execução e Apoio Técnico à Auditoria no Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde - GDASUS, e dá outras providências.

24 de maio de 2006

Lei nº 11.308, de 23.5.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério das Cidades, no valor de R\$ 890.000.000,00, para os fins que especifica.

22 de maio de 2006

Lei nº 11.307, de 19.5.2006 - Altera as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, em função da alteração promovida pelo art. 33 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, dispondo que o prazo a que se refere o seu art. 2º para reutilização do benefício da isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, aplica-se inclusive às aquisições realizadas antes de 22 de novembro de 2005; 10.637, de 30 de dezembro de 2002; e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e revoga dispositivo da Medida Provisória nº 2.189-49, de 23 de agosto de 2001.

17 de maio de 2006

Lei nº 11.306, de 16.5.2006 - Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2006.

12 de maio de 2006

Lei nº 11.305, de 11.5.2006 - Denomina “Viaduto Jefferson Cavalcanti Tricano” o viaduto localizado no Km 82 da BR-116, no Município de Teresópolis, Estado do Rio de Janeiro.

Lei nº 11.304, de 11.5.2006 - Acrescenta inciso ao art. 473 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para permitir a ausência do trabalhador ao serviço, sem prejuízo do salário, na hipótese de participação em reunião oficial de organismo internacional ao qual o Brasil seja filiado.

Lei nº 11.303, de 11.5.2006 - Institui o Dia Nacional de Conscientização sobre a Esclerose Múltipla

11 de maio de 2006

Lei nº 11.302, de 10.5.2006 - Altera as Leis nºs 10.355, de 26 de dezembro de 2001, que dispõe sobre a estruturação da Carreira Previdenciária no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, 10.855, de 1º de abril de 2004, que dispõe sobre a reestruturação da Carreira Previdenciária, de que trata a Lei nº 10.355, de 26 de dezembro de 2001, instituindo a Carreira do Seguro Social, 10.876, de 2 de junho de 2004, que cria

a Carreira de Perícia Médica da Previdência Social e dispõe sobre a remuneração da Carreira de Supervisor Médico-Pericial do Quadro de Pessoal do INSS, 10.997, de 15 de dezembro de 2004, que institui a Gratificação Específica do Seguro Social - GESS, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais; e fixa critérios temporários para pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade Médico-Pericial - GDAMP. Mensagem de veto

Lei nº 11.301, de 10.5.2006 - Altera o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, definição de funções de magistério.

Lei nº 11.300, de 10.5.2006 - Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Mensagem de veto

Lei nº 11.299, de 10.5.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Integração Nacional, no valor de R\$ 80.000.000,00, para os fins que especifica.

Mensagem de Veto Total nº 348, de 10.5.2006 - Projeto de Lei no 85, de 2001 (no 7.049/02 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT; altera as Leis nºs 10.168, de 29 de dezembro de 2000, e 9.478, de 6 de agosto de 1997; e o Decreto-Lei nº 719, de 31 de julho de 1969, e dá outras providências”.

10 de maio de 2006

Lei nº 11.298, de 9.5.2006 - Inscreve o nome do Marechal-do-Ar Alberto Santos Dumont, o Pai da Aviação, no Livro dos Heróis da Pátria

Lei nº 11.297, de 9.5.2006 - Acrescenta e altera dispositivos na Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação; revoga o art. 3º da Medida Provisória nº 2.217-3, de 4 de setembro de 2001; e dá outras providências.

Lei nº 11.296, de 9.5.2006 - Denomina “Aeroporto de Vitória – Eurico de Aguiar Salles” o aeroporto da cidade de Vitória – ES.

Lei nº 11.295, de 9.5.2006 - Altera o art. 526 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, estabelecendo o direito de sindicalização para o empregado de entidade sindical.

Mensagem de Veto Total nº 344, de 9.5.2006 - Projeto de Lei nº 32, de 2005 (nº 1.763/03 na Câmara dos Deputados), que “Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de

1997, para dispor sobre a obrigatoriedade de placas de sinalização nas vias terrestres do território nacional”.

9 de maio de 2006

Medida Provisória nº 294, de 8.5.2006 - Cria o Conselho Nacional de Relações do Trabalho - CNRT e dá outras providências.

Medida Provisória nº 293, de 8.5.2006 - Dispõe sobre o reconhecimento das centrais sindicais para os fins que especifica.

5 maio de 2006

Lei nº 11.294, de 4.5.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério dos Transportes, no valor de R\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais) para os fins que especifica.

Lei nº 11.293, de 4.5.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério dos Transportes e de Encargos Financeiros da União, no valor global de R\$ 516.132.994,00 (quinhentos e dezesseis milhões, cento e trinta e dois mil, novecentos e noventa e quatro reais) para os fins que especifica.

27 de abril de 2006

Lei nº 11.292, de 26.4.2006 - Altera as Leis nºs 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras; 10.768, de 19 de novembro de 2003, que dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Agência Nacional de Águas - ANA; 10.862, de 20 de abril de 2004, que dispõe sobre a criação do Plano Especial de Cargos da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN; 10.871, de 20 de maio de 2004, que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais, denominadas Agências Reguladoras; 11.182, de 27 de setembro de 2005, que cria a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC; 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos; cria cargos na Carreira de Diplomata, no Plano de Cargos para a Área de Ciência e Tecnologia, do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Gratificadas - FG; autoriza a prorrogação de contratos temporários firmados com base no art. 81-A da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e no art. 30 da Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004; revoga dispositivos das Leis nºs 5.989, de 17 de dezembro de 1973; 9.888, de 8 de dezembro de 1999; 10.768, de 19 de novembro de 2003; 11.094, de 13 de janeiro de 2005; e 11.182, de 27 de setembro de 2005, e dá outras providências.

Lei nº 11.291, de 26.4.2006 - Dispõe sobre a inclusão nos locais indicados de aviso alertando sobre os malefícios resultantes do uso de equipamentos de som em potência superior a 85 (oitenta e cinco) decibéis. Mensagem de veto

Medida Provisória nº 292, de 26.4.2006 - Altera as Leis nºs 9.636, de 15 de maio de 1998, e 8.666, de 21 de junho de 1993, os Decretos-Leis nºs 271, de 28 de fevereiro de 1967, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 1.876, de 15 de julho de 1981, a Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005, e dá outras providências.

Mensagem de Veto Total nº 280, de 26.4.2006 - Projeto de Lei nº 5.908, de 2001 (no 148/99 no Senado Federal), que “Dispõe sobre o fornecimento de transporte, alimentação e pousada pelo Sistema Único de Saúde - SUS aos pacientes cujo tratamento se realizar fora de seu domicílio, em atendimento aos preceitos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 - Lei Orgânica da Saúde”.

13 de abril de 2006 - Edição extra

Medida Provisória nº 291, de 13.4.2006 - Dispõe sobre o reajuste dos benefícios mantidos pela previdência social, a partir de 1º de abril de 2006.

13 de abril de 2006

Lei nº 11.290, de 12.4.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e das Relações Exteriores, no valor de R\$ 74.564.000,00, para os fins que especifica.

12 de abril de 2006 - Edição extra

Medida Provisória nº 290, de 12.4.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor de diversos Órgãos do Poder Executivo, no valor global de R\$ 1.775.849.258,00, para os fins que especifica.

10 de abril de 2006

Medida Provisória nº 289, de 7.4.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios do Desenvolvimento Agrário e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e de Operações Oficiais de Crédito, no valor global de R\$ 738.000.000,00, para os fins que especifica

7 de abril de 2006

Mensagem de Veto Total nº 219, de 6.4.2006 - Projeto de Lei nº 4.217, de 2001 (no 601/99 no Senado Federal), que “Dispõe sobre a gratuidade na inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas”.

31 de março de 2006

Lei nº 11.289, de 30.3.2006 - Autoriza a União a prestar auxílio financeiro complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País.

Lei nº 11.288, de 30.3.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Presidência da República, dos Ministérios da Fazenda e da Integração Nacional e de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor global de R\$ 825.908.968,00, para os fins que especifica.

Medida Provisória nº 287, de 28.3.2006 - Dispõe sobre o salário mínimo a partir de 1º de abril de 2006.

Mensagem de Veto Total nº 199, de 30.3.2006 - Projeto de Lei nº 18, de 2003 (no 4.732/98 na Câmara dos Deputados), que “Regulamenta a produção e comercialização de insumos, equipamento, material ou maquinaria destinados à fabricação, acondicionamento, embalagem, controle de qualidade ou emprego em qualquer outra fase da cadeia produtiva de medicamentos para uso humano ou veterinário e de qualquer material destinado à utilização em odontologia ou para fins diagnósticos”.

29 março de 2006

Medida Provisória nº 287, de 28.3.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério dos Transportes, no valor de R\$ 361.554.596,00, para os fins que especifica.

28 março de 2006

Lei nº 11.287, de 27.3.2006 - Institui o dia 5 de maio como o “Dia Nacional do Líder Comunitário”.

15 março de 2006

Mensagem de Veto Total nº 160, de 14.3.2006 - Projeto de Lei nº 15, de 2004 (no 4.176/01 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre a alienação de terras da União aos Municípios de Belterra e Aveiro, no Estado do Pará”.

14 de março de 2006

Lei nº 11.286, de 13.3.2006 - Denomina “Rodovia Governador José Richa” o trecho da rodovia BR-476 entre as cidades de Adrianópolis e Curitiba, no Estado do Paraná.

9 de março de 2006

Lei nº 11.285, de 8.3.2006 - Altera os limites do Parque Nacional de Brasília.

Emenda Constitucional nº 52, de 8.3.2006 - Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais.

Medida Provisória nº 286, de 8.3.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Justiça, da Previdência Social e do Esporte, no valor global de R\$ 250.500.000,00, para os fins que especifica.

7 março de 2006

Medida Provisória nº 285, de 6.3.2006 - Dispõe sobre as operações de crédito rural, contratadas com recursos do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE, na área de atuação da Agência de Desenvolvimento do Nordeste - ADENE, e não renegociadas, nos termos da Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 284, de 6.3.2006 - Altera dispositivos das Leis nºs 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e 8.212, de 24 de julho de 1991.

Mensagem de Veto Total nº 135, de 6.3.2006 - Projeto de Lei nº 142, de 2005 (no 4.514/04 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre a repactuação de dívidas oriundas de operações de crédito rural na área de atuação da Agência de Desenvolvimento do Nordeste - ADENE, altera a Lei nº 7.827, de 27 de setembro de 1989, e dá outras providências”.

3 de março de 2006

Lei nº 11.284, de 2.3.2006 - Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Mensagem de veto

24 de fevereiro de 2006

Lei nº 11.283, de 23.2.2006 - Autoriza o Poder Executivo a doar 5 (cinco) aeronaves C-91A à Força Aérea Equatoriana.

Lei nº 11.282, de 23.2.2006 - Anistia os trabalhadores da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT punidos em razão da participação em movimento grevista.

Medida Provisória nº 283, de 23.2.2006 - Altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, a Lei no 11.171, de 2 de setembro de 2005, que dispõe sobre a criação de carreiras e do Plano Especial de Cargos do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT, a Lei nº 11.233, de 22 de dezembro de 2005, que institui o Plano Especial de Cargos da Cultura e a Gratificação Específica de Atividade Cultural - GEAC, cria e extingue cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo, dispõe sobre servidores da extinta Legião Brasileira de Assistência, sobre a cessão de servidores para o DNIT e sobre controvérsia concernente à remuneração de servidores do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS, altera a Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, e o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, autoriza prorrogação de contratos temporários em atividades que serão assumidas pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, e revoga o art. 4º da Medida Provisória no 280, de 15 de fevereiro de 2006, que altera a Legislação Tributária Federal.

Medida Provisória nº 282, de 23.2.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério dos Transportes, no valor de R\$ 57.554.718,00, para o fim que especifica.

21 de fevereiro de 2006

Lei nº 11.281, de 20.2.2006 - Altera dispositivos da Lei nº 6.704, de 26 de outubro de 1979, que dispõe sobre o seguro de crédito à exportação; autoriza cobranças judiciais e extrajudiciais de créditos da União, no exterior, decorrentes de sub-rogações de garantias de seguro de crédito à exportação honradas com recursos do Fundo de Garantia à Exportação - FGE e de financiamentos não pagos contratados com recursos do Programa de Financiamento às Exportações - PROEX e do extinto Fundo de Financiamento à Exportação - FINEX; altera o Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966; revoga a Lei nº 10.659, de 22 de abril de 2003; e dá outras providências.

17 de fevereiro de 2006

Lei nº 11.280, de 16.2.2006 - Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

Consulta Pública - Regulamenta a Lei nº 11.126, de 27 de junho de 2005, que dispõe sobre o direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia e dá outras providências.

16 de fevereiro de 2006

Medida Provisória nº 281, de 15.2.2006 - Reduz a zero as alíquotas de imposto de renda e da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) nos casos que especifica, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 280, de 15.2.2006 - Altera a Legislação Tributária Federal.

15 de fevereiro de 2006

Emenda Constitucional nº 51, de 14.2.2006 - Acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal.

Emenda Constitucional nº 50, de 14.2.2006 - Modifica o art. 57 da Constituição Federal.

10 de fevereiro de 2006

Lei nº 11.279, de 9.2.2006 - Dispõe sobre o ensino na Marinha.

Lei Complementar nº 121, de 9.2.2006 Cria o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas e dá outras providências.
Mensagem de veto

9 de fevereiro de 2006

Emenda Constitucional nº 49, de 8.2.2006 - Altera a redação da alínea b e acrescenta alínea c ao inciso XXIII do caput do art. 21 e altera a redação do inciso V do caput do art. 177 da Constituição Federal para excluir do monopólio da União a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais.

8 de fevereiro de 2006

Lei nº 11.278, de 7.2.2006 - Dispõe sobre a concessão de subvenção econômica à Companhia de Navegação do São Francisco – FRANAVE.

Lei nº 11.277, de 7.2.2006 - Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil.

Lei nº 11.276, de 7.2.2006 - Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões.

Lei nº 11.275, de 7.2.2006 - Altera a redação dos arts. 165, 277 e 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

Medida Provisória nº 279, de 7.2.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério das Cidades, no valor de R\$ 890.000.000,00, para os fins que especifica.

7 de fevereiro de 2006

Lei nº 11.274, de 6.2.2006 - Altera a redação dos arts. 29, 30, 32 e 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispondo sobre a duração de 9 (nove) anos para o ensino fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos 6 (seis) anos de idade. (Mensagem de veto)

Lei nº 11.273, de 6.2.2006 - Autoriza a concessão de bolsas de estudo e de pesquisa a participantes de programas de formação inicial e continuada de professores para a educação básica.

Medida Provisória nº 278, de 6.2.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Integração Nacional, no valor de R\$ 80.000.000,00, para os fins que especifica.

Decreto nº 5.692, de 6.2.2006 - Dispõe sobre o mandato e a designação dos membros do Conselho Nacional de Saúde, em caráter provisório.

3 de fevereiro de 2006

Lei nº 11.272, de 2.2.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Educação, da Saúde e da Defesa e de Operações Oficiais de Crédito, no valor global de R\$ 1.498.314.101,00, para os fins que especifica.

27 de janeiro de 2006

Lei nº 11.271, de 26.1.2006 - Abre crédito extraordinário ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios dos Transportes, da Integração Nacional e das Cidades, no valor global de R\$ 673.621.312,00, para os fins que especifica.

20 de janeiro de 2006

Lei nº 11.270, de 19.1.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, no valor de R\$ 33.000.000,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.269, de 19.1.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e das Cidades, no valor global de R\$ 159.000.000,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.268, de 19.1.2006 - Institui abono aos militares das Forças Armadas.

Lei nº 11.267, de 19.1.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Integração Nacional, no valor de R\$ 30.000.000,00, para o fim que especifica.

19 de janeiro de 2006

Medida Provisória nº 277, de 18.1.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e das Relações Exteriores, no valor de R\$ 74.564.000,00, para os fins que especifica.

11 de janeiro de 2006

Lei nº 11.266, de 10.1.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Previdência Social e de Encargos Financeiros da União, no valor global de R\$ 933.400.000,00 (novecentos e trinta e três milhões e quatrocentos mil reais) para os fins que especifica.

4 de janeiro de 2006

Lei nº 11.265, de 3.1.2006 - Regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância e também a de produtos de puericultura correlatos. Mensagem de veto.

3 de janeiro de 2006

Lei nº 11.264, de 2.1.2006 - Confere ao município de Passo Fundo o título de “Capital Nacional da Literatura”.

Lei nº 11.263, de 2.1.2006 - Concede auxílio especial aos dependentes legais dos servidores do Ministério do Trabalho e Emprego assassinados durante ação fiscal e dá outras providências.

2 de janeiro de 2006

Medida Provisória nº 276, de 2.1.2006 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério dos Transportes, no valor de R\$ 350.000.000,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.262, de 30.12.2005 - Institui o ano de 2006 como “Ano Nacional Santos Dumont”.

Lei nº 11.261, de 30.12.2005 - Declara Patrona do Feminismo Nacional a escritora Rose Marie Muraro.

Lei nº 11.260, de 30.12.2005 - Institui o ano de 2006 como Ano do Turismo.

Lei nº 11.259, de 30.12.2005 - Acrescenta dispositivo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para determinar investigação imediata em caso de desaparecimento de criança ou adolescente.

Lei nº 11.258, de 30.12.2005 - Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, para acrescentar o serviço de atendimento a pessoas que vivem em situação de rua.

INSTRUÇÕES PARA PUBLICAÇÃO

- 1) Os trabalhos poderão ser enviados por meio eletrônico para os e-mails faygabede@hotmail.com; nestorsantiago@bol.com.br; ou ivocesar@hotmail.com. Caso o autor deseje, poderá ser enviado aos cuidados da Coordenação de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito da Faculdade Christus, com endereço na avenida Dom Luís, n. 911, 5º andar, CEP 60.160-230, Fortaleza-CE. Juntamente com o artigo, o autor deverá enviar autorização para publicação.
- 2) Os trabalhos deverão ter um mínimo de 10 (dez) e no máximo de 30 (trinta) páginas. O formato do papel deve ser o A4, com a seguinte configuração das margens: esquerda e superior, 3 cm; direita e inferior, 2 cm. Os parágrafos devem ser justificados, recuo da primeira linha em 2 cm da margem esquerda, espaçamento um e meio (1,5 linha) entre linhas, exceto nas notas de fim. A fonte a ser utilizada é a Arial, tamanho 12, exceto nas notas de fim (Arial, 10).
- 3) A estrutura do artigo deve obedecer às normas da ABNT e deve conter os seguintes elementos:
 - 3.1) Elementos pré-textuais (nesta ordem):
 - 3.1.1) Título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos;
 - 3.1.2) Nome do autor, acompanhado de breve currículo que o qualifique na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica e endereço eletrônico e/ou físico (facultativo);
 - 3.1.3) Sumário, com a indicação dos itens e subitens em que se divide o trabalho
 - 3.1.4) Resumo na língua do texto: seqüência de frases concisas e objetivas e não uma simples enumeração de tópicos, de 100 a 250 palavras, espaçamento entre linhas simples. Seguem-se as palavras-chave, representativas do conteúdo do trabalho, separadas por ponto e finalizadas por ponto, no máximo de 6 (seis), para adequação ao Currículo Lattes do autor.

Ex:

RESUMO

Cabimento de Responsabilidade Civil do Estado por ato legislativo. Independência dos Poderes. Hipótese de afastamento da aplicação da teoria do Risco Administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade. Estado. Ato Legislativo.

3.2) Elementos textuais:

3.2.1) Introdução: delimitação do assunto tratado e objetivos da pesquisa.

3.2.2) Desenvolvimento: explanação ordenada e pormenorizada do assunto tratado.

3.2.3) Conclusão: conclusões correspondentes aos objetivos e hipóteses.

3.3) Elementos pós-textuais (nesta ordem):

3.3.1) Em língua estrangeira: título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos.

3.3.2) Em língua estrangeira: versão do resumo na língua do texto, seguido das palavras-chaves, em inglês e francês (ABSTRACT e KEYWORDS, no inglês; RÉSUMÉ e MOTS-CLÉS, no francês.)

3.3.3) Notas explicativas em Arial 12.

3.3.4) Referências das obras consultadas no trabalho em Arial 12.

3.4) Caso o autor não tenha conhecimentos suficientes em inglês e francês, o Conselho Editorial da Revista Opinião Jurídica encarregar-se-á de providenciar a tradução.

4) As citações deverão ser feitas da seguinte forma (NBR 10520):

4.1) No texto:

4.1.1) Citações de até três linhas, devem estar contidas entre aspas duplas.

4.1.2) Citações de mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda com letra menor que a do texto (Arial 10) e sem aspas.

Para enfatizar trechos da citação, deve-se destacá-los indicando esta alteração com a expressão “grifo nosso” entre parênteses após a chamada da citação ou “grifo do autor”, caso o destaque já faça parte da obra consultada.

4.2) Referências e notas com indicação da fonte de pesquisa

4.2.1) Livros:

SOBRENOME (vírgula) Prenomes (ponto) título em destaque (ponto) edição (número + ponto + ed + ponto) local (dois pontos) editora (vírgula) data de publicação (ponto).

4.2.2) Artigos de revista:

NOME (vírgula) Prenomes (ponto) título (ponto) título da publicação em destaque (vírgula) local da publicação (vírgula) numeração correspondente ao volume e/ou ano (vírgula) fascículo

ou número (vírgula) paginação inicial e final (vírgula) data ou intervalo de publicação (ponto).

4.2.3) Artigos de internet:

Quando se tratar de obras consultadas na internet, também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais < >, precedido da expressão “Disponível em:” e a data de acesso ao documento, precedida de expressão “Acesso em:”, opcionalmente acrescida dos dados referentes a hora, minutos e segundos.

- 4.3) As citações seqüenciadas da mesma obra, na mesma página, podem ser referenciadas de forma abreviada, utilizando-se as seguintes expressões:
- a) Idem – mesmo autor – id. Ex: Id. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 103.
 - b) Ibidem – na mesma obra– ibid. Ex: Ibid., p. 105.
 - c) Opus citatum, opere citato – obra citada – op. cit. Ex: CANOTILLHO, op. cit., p. 65.
 - d) loco citato – no lugar citado – loc. cit. Ex: CANOTILLHO, loc. cit.
 - e) sequentia – seguinte ou que se segue – et seq. Ex: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 25 et seq.
- 5) Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias. Caso deseje, o autor poderá consultar as normas técnicas da ABNT necessárias à elaboração dos artigos, quais sejam, NBR 10520, NBR 6022, NBR 6023, NBR 6024, NBR 6027, NBR 6028, ou entrar em contato com os professores responsáveis pela publicação da revista, cujos endereços eletrônicos encontram-se indicados no item 1, *supra*.
- 6) Não são devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista Opinião Jurídica. O autor receberá gratuitamente cinco exemplares do número da Revista no qual seu trabalho tenha sido publicado.

Este número da revista foi composto na fonte GoudyOISr BT, corpo 11.
O miolo foi impresso em papel AP 75 g/m² e a capa em cartão supremo 250 g/m².
Impresso pela Gráfica LCR.



e-mail: graficalcr@px.com.br

www.graficalcr.com.br

(85) 3272.7844