

ISSN 1806-0420

REVISTA  
OPINIÃO  
JURÍDICA



Ano III - n. 5  
2005.1



# Revista Opinião Jurídica



Ficha Catalográfica

**Opinião Jurídica** – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus  
- n. 05, ano 03, 2005.1

© Faculdade Christus, 2005

---

Opinião Jurídica  
- [n. 5] –  
Fortaleza: – Faculdade Christus.  
[2005]-  
v.  
I. Direito

CDD : 340

---

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

FACULDADE CHRISTUS

REVISTA  
OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2005

## **Opinião Jurídica**

Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus  
n.05, ano 03, 2005.1

### **Diretor**

Roberto de Carvalho Rocha

### **Vice-Diretor**

José Milton Cerqueira

### **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)

### **Bibliotecária**

Tusnelda Maria Barbosa

### **Diagramação**

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](mailto: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](mailto:graficalcr@px.com.br)

### **Capa**

Ivina Lima Verde

### **Tiragem mínima**

1000 exemplares

# APRESENTAÇÃO

Prezado leitor:

Com esta publicação, mantemos em dia a publicação da Revista Opinião Jurídica, periódico semestral da Faculdade Christus, agora em seu quinto número.

A linha, já conhecida do leitor, é a diversidade de temas jurídicos, todos atualizados e subscritos por autores renomados do país inteiro. Do primeiro ao último artigo a comissão editorial se esmerou na seleção, do que resultou este magnífico volume.

Eleita a linha científica desde o seu início, a Revista Opinião Jurídica prima pela qualidade de sua apresentação material e pela excelência acadêmica, conforme se pode constatar nos artigos que se seguem, entre nacionais e internacionais.

O intercâmbio entre professores e doutrinadores de várias Instituições enriquece o debate em torno de relevantes problemas do país, sobretudo quando se tem, entre os convidados, autores da estirpe de Hugo de Brito Machado, Luiz Guilherme Marinoni, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Sílvio de Salvo Venosa, Willis Santiago Guerra Filho, Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux, Raffaele De Giorgi, aos quais a Faculdade Christus agradece a valiosa colaboração.

Mas o sucesso desta Revista se deve, principalmente, à Profa. Fayga Bedê (Coordenadora de Pesquisa e Monografia) e aos Profs. Ivo César Barreto de Carvalho e Nestor Eduardo Araruna Santiago, que, juntos, compõem a comissão de organização do periódico. Também é imprescindível a colaboração da Profa. Valeschka e Silva Braga, que vem desenvolvendo excelente integração da Faculdade Christus com Universidades da França, onde cursa o Doutorado.

Registramos, ainda, a colaboração dos professores: Paulo Henrique Portela, Olga Prado, Carla Marques e Ruy Vasconcelos. No âmbito interno, destaca-se o contributo dos Profs. Francisco Meton Marques de Lima (UFPI), João Maurício Com esta publicação, mantemos em dia a publicação da Revista Opinião Jurídica, periódico semestral da Faculdade Christus, agora em seu quinto número.

E é exatamente com esta diversidade que vamos construindo Ciência. Portanto, ilustre colega, tenha uma boa leitura e até breve.

FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA

*Coordenador-Geral do Curso de Direito*



# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

### PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL

Considerações sobre o sistema partidário no Brasil.....	9
<i>Bruno Queiroz Oliveira</i>	
Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador .....	21
<i>Fayga Silveira Bedê</i>	
O princípio constitucional da igualdade e o Direito do Trabalho .....	49
<i>Fernando Basto Ferraz</i>	
Mandado de injunção e dissídio coletivo trabalhista: comparações, distinções e vantagens .....	82
<i>Francisco Gérson Marques de Lima</i>	
O processo: espaço de descoberta ou de construção de verdades? .....	97
<i>Horácio Wanderley Rodrigues</i>	
Imunidade tributária do livro eletrônico .....	111
<i>Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo</i>	
Os institutos de Direito Privado e o Direito Tributário .....	136
<i>Ivo César Barreto de Carvalho</i>	
Noções teóricas fundamentais sobre a coisa julgada material .....	160
<i>Juraci Mourão Lopes Filho</i>	
HIV e <i>barebacking</i> : uma breve leitura garantista .....	176
<i>Leonardo Arquimimo de Carvalho e Luciana Jordão da Mota Armiliato de Carvalho</i>	
Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto .....	188
<i>Luiz Guilherme Marinoni</i>	
Inovações no Direito Administrativo brasileiro .....	202
<i>Maria Sylvia Zanella Di Pietro</i>	
Extinção da punibilidade nos crimes tributários .....	223
<i>Nestor Eduardo Araruna Santiago</i>	
A ação monitoria como instrumento à tutela jurisdicional efetiva .....	237
<i>Polyana D´Oliveira Ribeiro</i>	

**Desafiando o trabalho infantil: um confronto necessário** ..... 256  
*Sandra Helena Lima Moreira*

**Direito de superfície** ..... 272  
*Sílvio de Salvo Venosa*

**Repensando o controle de constitucionalidade por omissão  
no Brasil (à luz do Direito Comparado)** ..... 281  
*Valeschka e Silva Braga*

**Por uma crítica fenomenológica ao formalismo da ciência  
dogmático-jurídica** ..... 311  
*Willis Santiago Guerra Filho*

## **SEGUNDA PARTE – DOCTRINA ESTRANGEIRA**

**A incidência das normas internacionais sobre o direito nacional  
em matéria de bioética: entre influência e encantamento** ..... 321  
*Bertrand Mathieu - versão em português*

**L'incidence des normes internationales sur le droit national en matière  
de bioéthique: entre influence et incantation** ..... 335  
*Bertrand Mathieu - versão em francês*

**A codificação em face do Conselho Constitucional** ..... 349  
*Michel Verpeaux - versão em português*

**La codification devant le Conseil Constitutionnel** ..... 367  
*Michel Verpeaux - versão em francês*

**O Direito na sociedade do risco** ..... 383  
*Raffaele De Giorgi - versão em português*

**Il Diritto nella società del rischio** ..... 395  
*Raffaele De Giorgi - versão em italiano*

## **TERCEIRA PARTE – LEGISLAÇÃO**

**Emenda Constitucional** ..... 408

**Ementário de Legislação Federal** ..... 411

**Instruções para publicação** ..... 421

*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.*

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PARTIDÁRIO NO BRASIL

*Bruno Queiroz Oliveira\**

1 Introdução. 2 A Infidelidade Partidária no Brasil. 3 O Sistema Proporcional de Lista Aberta e o Individualismo Político. 4 Multipartidarismo e Cláusula de Barreira. 5 Conclusão.

## RESUMO

Estudo breve sobre as características do sistema partidário brasileiro, em especial no que se refere aos aspectos controvertidos e perspectivas de mudanças, de acordo com as propostas apresentadas no âmbito do Congresso Nacional em torno da Reforma Política do Estado.

## PALAVRAS-CHAVE

Partidos Políticos. Fidelidade Partidária. Representação Proporcional. Multipartidarismo.

“Eu ganho eleições com um saco de dinheiro numa das mãos e um chicote na outra.”<sup>1</sup> (Antonio Carlos Magalhães, Senador e ex-Governador da Bahia)

## 1 INTRODUÇÃO

É indiscutível que os regimes democráticos contemporâneos somente são viáveis mediante o funcionamento, a contento, das instituições representativas. A representação política, por sua vez, exerce seu mister por meio do mecanismo atinente aos partidos políticos, os quais traduzem preferências e opiniões em programas de governo.

Nesta senda, fundamental para o funcionamento do regime democrático é a existência de partidos políticos fortes, que efetivamente se diferenciem uns dos outros em relação aos olhos dos eleitores no que se refere às políticas públicas a serem produzidas, uma vez alcançado o seu objetivo principal: a tomada do poder através das vias democráticas. Vale dizer, os partidos devem oferecer opções para o eleitorado em termos de políticas defendidas e efetivamente implementadas, caso obtenham apoio popular suficiente para transformá-los em governo.

---

\* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus. Advogado e Coordenador Jurídico na Unidade Jurídica Regional da Caixa Econômica Federal em Fortaleza/CE.

Em qualquer democracia, o desejável é que os partidos políticos atuem como um veículo privilegiado de um conjunto de idéias, de uma visão da sociedade, de uma visão de mundo. Em muitos países, se o eleitor, por exemplo, posiciona-se a favor do aborto deve votar numa determinada legenda, isto porque o contorno ideológico dos partidos encontra-se bastante delineado.

Infelizmente, no Brasil, as agremiações partidárias não têm conseguido desempenhar o papel acima narrado. Em razão disso, tem sido cada vez mais freqüente a discussão acerca das inadequações do sistema partidário brasileiro. Não existem regras sobre troca de partidos atualmente, sendo a legislação brasileira extremamente liberal nesse sentido; não há nenhuma regra que estabeleça vínculos maiores entre o parlamentar e o partido que o elegeu; o sistema proporcional de lista aberta favorece o individualismo político; falta coesão interna aos partidos políticos; as campanhas eleitorais são custeadas mediante recursos obtidos junto a grupos econômicos, bancos, empreiteiras de obras, o que ocasiona a busca de favores políticos após o término do período eleitoral.

Diariamente, a sociedade brasileira percebe que os favores políticos decorrentes da patronagem e do fisiologismo transformam os partidos políticos em meros indicadores de burocratas para a ocupação de cargos de relevância, em detrimento do seu verdadeiro mister, qual seja, figurar como autêntico defensor dos ideais populares pelos quais seus representantes foram eleitos.

Todas essas mazelas constituem fruto da ausência de certas condições mínimas para o bom funcionamento do mecanismo político-partidário, não garantidas pela legislação brasileira.

Ao longo deste artigo, faremos breve análise dos principais entraves para o desenvolvimento partidário no Brasil.

## 2 A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA NO BRASIL

A Constituição Federal prescreve que não é admitida candidatura avulsa, ou seja, segundo a Carta Magna, ninguém poderá se eleger sem pertencer a um partido. No entanto, não há nenhuma lei que impeça os candidatos de trocarem de partidos. A regra liberal da troca de legendas é usada como mecanismo a fim de maximizar as oportunidades eleitorais. Ademais, as agremiações partidárias não realizam um efetivo controle nas indicações dos seus candidatos. Significa isso que a maioria dos candidatos não possui grandes vínculos com o partido pelo qual se elegeu.

Existem algumas causas importantes para o baixo nível de institucionalização da fidelidade partidária no Brasil. Em primeiro plano, na maioria dos períodos da história do nosso país, abrangendo desde o Império

até os dias atuais, não houve um ambiente propício e sadio ao desenvolvimento partidário. Ora, a avaliação negativa da política e dos políticos impede que se desenvolva, na nossa cultura política, aquele sentimento de respeito e admiração em torno dos partidos, o que, certamente, estimularia a identificação e lealdade partidária.

Além disso, nos países cujo sistema político encontra-se mais institucionalizado, o cidadão vota em um candidato e também em um programa bem definido, isto porque os partidos, nesse caso, possuem contornos políticos e ideológicos bem delineados; ou seja, verdadeiramente o voto é dado ao partido, que exerce o seu importante papel de instrumentar e coordenar a vontade política, o que transforma o período eleitoral num importante momento de tomada de decisões políticas fundamentais.

Os diferentes níveis de institucionalização relacionam-se com profundas disparidades nas democracias modernas. Em um sistema razoavelmente institucionalizado, o eleitorado tende a se identificar com os partidos e estes são tendentes a controlar os processos de recrutamento político.

Em sistemas fluidos, os eleitores tendem a votar em função dos candidatos, o que revela elevado índice de individualismo político no período eleitoral. Desse modo, até mesmo políticos hostis aos partidos conseguem se eleger. Os candidatos, mais do que os partidos, participam do cenário político.<sup>2</sup>

De posse do que até aqui expusemos acerca da fidelidade partidária, insta salientar que o atual sistema eleitoral não contempla nenhuma medida que proíba os representantes eleitos de mudar de partido. Em muitos sistemas de representação proporcional, os representantes devem seu mandato ao partido e, nesse sentido, espera-se ou obriga-se a que eles renunciem caso queiram mudar de agremiação.

No Brasil, os políticos enxergam nos partidos apenas os veículos para se elegerem, já que não existe candidatura avulsa. Exemplo disso é a frequência elevadíssima com que os parlamentares mudam de partido. Em apenas três anos (1991-1993), registraram-se na Câmara dos Deputados 236 mudanças de partido por parte de 170 deputados (33,8% do total).<sup>3</sup> Na atual legislatura, a mudança de legenda já atingiu índice superior a 40%.

Barry Ames, ao discorrer sobre fidelidade partidária no Brasil, salienta que os parlamentares brasileiros se elegem a custa dos próprios esforços, de modo que os partidos não contribuem com quase nada para as campanhas. O cientista lembra-se de que, nos idos de 1998, líderes da coalizão parlamentar do governo propuseram uma nova regra de fidelidade partidária, pela qual os deputados que não votassem com os seus partidos seriam expulsos.

O governo dizia que os deputados tinham de votar com seus partidos porque quase todos deviam às suas legendas as vitórias obtidas. Alegava

que, na verdade, somente 13 dos 513 deputados federais tinham sido eleitos sem a ajuda dos partidos. Os deputados discordavam. Entre 70 e 80 % dos integrantes das duas últimas legislaturas diziam não dever nada aos partidos e tudo aos seus próprios esforços. <sup>4</sup>

Por outro lado, os parlamentares são incentivados a trocar de legenda, dada a facilidade de obtenção de favores políticos, tais como nomeações de parentes para cargos do Executivo, obtenção de verbas orçamentárias para suas bases eleitorais e outros. Jairo Marconi Nicolau discorre sobre a ausência de fidelidade partidária na política estadual.

Além da formação de coalizões, os governadores conseguem ampliar suas bancadas estimulando a troca de legenda de alguns deputados. A liberalidade da legislação brasileira, que não impõe nenhum tipo de custo político para a troca de legenda, permite que parlamentares transfiram-se para o partido do governo. Embora eu não disponha de dados para comprová-la, minha hipótese é que o partido do governador torna-se alvo predileto das trocas de legenda no âmbito estadual. Essa estratégia faz com que o Executivo aumente sua base não só com negociações com outros partidos, mas também por intermédio de negociação com políticos individuais.

O reforço da idéia de fidelidade partidária certamente é importante para superação de todas essas mazelas. A fidelidade partidária, portanto, é necessária, até porque subjaz à idéia de partido. De todo modo, é preciso cautela. Inicialmente, não somos favoráveis, nem pensamos seja saudável ao regime democrático a introdução absoluta da fidelidade partidária, inclusive com a perda do mandato político em razão de voto parlamentar contrário à orientação do partido ou mesmo pela troca de Partido Político, isto porque tal medida poderia conduzir a um policiamento arbitrário em relação à consciência parlamentar.

Para nós, a adoção de uma espécie de quarentena política para o parlamentar que, eleito por um determinado partido, trocasse de legenda sem justificativa plausível parece medida razoável. Assim sendo, verificada a hipótese narrada, o parlamentar permaneceria inelegível por determinado tempo. Tal medida poderia inibir o hábito de mudar de partido.

### 3 O SISTEMA PROPORCIONAL DE LISTA ABERTA E O INDIVIDUALISMO POLÍTICO

Do ponto de vista da estrutura político-partidária, o Brasil é caso raro no contexto mundial. No País existem concomitantemente fatores que, em outras nações, seriam tidos como excludentes. Assim, prevalece em nosso país o sistema de governo presidencialista; legislativo bicameral, sistema elei-

toral diferenciado em função dos cargos e vagas disputados e estrutura partidária com baixa fidelidade e disciplina.

O sistema de representação proporcional possui duas finalidades essenciais: assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade seja refletida no Parlamento e garantir equidade matemática entre os votos dos eleitores e a representação proporcional. Nesse contexto, para os defensores desse sistema eleitoral, a virtude da representação proporcional residiria justamente em sua capacidade de espelhar aritmeticamente as preferências da sociedade.<sup>6</sup>

O sistema proporcional de lista aberta, tal como funciona no Brasil, é um sistema relativamente simples. As cadeiras são distribuídas, em primeiro lugar, aos partidos, de acordo com o número de votos obtidos pelo conjunto de seus candidatos e, depois, em cada partido, de acordo com o número de votos de cada candidato. Ainda que o número de representantes seja determinado pelos votos partidários, a eleição ou não de um candidato depende de sua votação individual.

A consequência da adoção dessa modalidade de sistema de representação proporcional é induzir à prática de estratégias de voto pessoal, ou seja, tal sistema incentiva fortemente o personalismo político nas campanhas, especialmente porque o prestígio e o poder político do candidato são consideravelmente fortalecidos por sua capacidade de angariar votos individuais. Não é outro o entendimento do cientista político David Samuels.

No sistema de representação proporcional com listas abertas, os partidos não controlam a classificação de seus candidatos individuais integrantes das listas partidárias e se o partido ganha determinado número de cadeiras, então os candidatos mais votados ficam com as vagas. Os eleitores brasileiros também podem votar na legenda do partido, escrevendo o nome ou número do partido na cédula, mas os incentivos ao individualismo são claros: o total da votação da lista partidária é igual à soma dos votos dados à legenda. Por isso, o candidato sempre prefere o voto individual (o que aumenta tanto o número de cadeiras esperadas quanto as suas chances de ficar com uma delas) ao voto dado à legenda do partido (que só tem o primeiro efeito), e prefere o voto de legenda somente no caso de esse tender para candidatos de outro partido ou mesmo para outra sigla.<sup>7</sup>

Desse modo, o sistema eleitoral brasileiro de lista aberta, ao permitir um livre ordenamento das preferências dos eleitores, e a possibilidade de um partido poder registrar, em caso de coalizão eleitoral, um número bastante superior aos cargos em disputa, conduz os candidatos a não possuírem grandes vínculos com os partidos pelos quais se elegeram.<sup>8</sup>

O sistema de lista aberta engendra uma competição intrapartidária, o que reduz a coesão do partido e dá ensanchas ao surgimento de um discurso

eleitoral de teor personalista. Os candidatos fazem suas campanhas com absoluta autonomia em relação ao partido e, com isso, a bancada de um partido é sobretudo o resultado agregado da conduta de vários candidatos individuais.

Destarte, os partidos são compostos, via de regra, por um grupo de candidatos sem qualquer interesse ideológico ou programático comum, e que se reúnem apenas para a disputa eleitoral, já que não há candidato avulso, mas somente sob legenda partidária.

Neste sistema, o poder do partido resume-se à seleção dos candidatos que serão apresentados aos eleitores. Como a bancada final de cada partido depende do somatório dos votos que cada candidato conquista individualmente, os partidos têm fortes incentivos para incluir na lista nomes de personalidades e líderes com ótima reputação pessoal. Por outro lado, um partido não tem mecanismos formais para favorecer a eleição de lideranças identificadas com a legenda, mas incapazes de conquistar votos quanto outros candidatos mais populares da lista.

Com efeito, o sucesso eleitoral de um partido tem relação direta com a presença de candidatos competitivos na lista partidária, denominados puxadores de legenda. Assim, não é surpresa alguma o fato de que candidatos populares, uma vez eleitos, considerem-se desvinculados do partido que os procurou apenas para o desempenho eleitoral. Conforme ressalta Carlos Alberto Marques Novaes, esse individualismo é acentuado pelas cúpulas partidárias, que constantemente buscam candidatos “bons de voto” independentemente dos laços do pretendente com o partido ou de suas convicções ideológicas.<sup>10</sup>

Em outros termos, poder-se-ia afirmar que a representação proporcional de lista aberta, conforme funciona no Brasil, estimula o desenvolvimento de partidos indisciplinados e não programáticos, facilitando a eleição de deputados que têm pouco interesse em partidos fortes e muito interesse em benefícios clientelistas.<sup>11</sup>

No âmbito da Comissão Especial de Reforma Política constituída no Senado Federal, a proposta existente no sentido de busca do fortalecimento dos partidos políticos está no entorno da substituição do atual sistema proporcional de listas abertas pelo denominado sistema misto, com a adoção do voto distrital misto. Com isso, a Comissão vislumbra as vantagens dos dois sistemas eleitorais clássicos, vale dizer, o proporcional, que assegura a representação das minorias, e o distrital puro, que, segundo a Comissão, permite maior proximidade do eleitor e a representação das diversas regiões do País.

Segundo a proposta, o número de cadeiras de cada Estado, por partido, será definido a partir do sistema proporcional, sendo uma parte das cadeiras ocupadas por candidatos eleitos pelo sistema distrital e outra parte

preenchida pelos candidatos que compõem a lista elaborada pelo partido político.

Desta forma, o eleitor terá direito a dois votos desvinculados, sendo o primeiro dado ao candidato da sua circunscrição distrital e o segundo, à legenda partidária de sua preferência. Segundo a proposta, é exatamente este segundo voto que servirá para o cálculo do coeficiente partidário. As listas partidárias, por sua vez, serão fechadas, vale dizer, caberá à convenção do partido, mediante votação secreta, escolher os integrantes da lista partidária.

Na referida proposta, endossada pelo Relatório Final da Comissão Especial de Reforma Política constituída no Senado Federal, veda-se a efetivação de coligações partidárias para eleições para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa, no caso do Distrito Federal, e Câmara dos Vereadores, isto porque tal instituto desvirtuaria o sistema eleitoral proposto, eis que nele os partidos devem possuir desempenho eleitoral próprio.<sup>12</sup>

A idéia de implementação do sistema eleitoral adotado na Alemanha como paradigma para a reforma do sistema eleitoral brasileiro é defendida por muitos analistas políticos. Acredita-se que o modelo alemão tem o condão de reunir as vantagens dos sistemas distrital e majoritário.

Em trabalho realizado no âmbito da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Antonio Octávio Cintra, discorrendo sobre o assunto, explica, em favor do voto distrital misto, que uma das características de nossa cultura política é o voto dado na pessoa do candidato. Segundo ele, os alemães reconhecem o valor do voto personalizado, pois contribui para adensar os vínculos entre o eleitorado e o mandatário. Por outro lado, na Alemanha, esse tipo de voto é adotado em pequenos distritos, para que tal adensamento realmente se produza. Assim, o deputado distrital é um líder comunitário muito ligado às bases, de quem estas têm condições de cobrar o desempenho parlamentar, sobretudo nos assuntos que afetam a localidade. Conclui o autor, ainda, que o sistema alemão oficializa o voto personalizado com um aspecto positivo, mas o permite exercitado na escala apropriada para obter deles os efeitos salutares.<sup>13</sup>

Apesar dos elogios direcionados ao modelo alemão, não somos favoráveis à implantação do referido sistema no Brasil. Na realidade, pretende-se implementar um sistema idêntico ao adotado na Alemanha em um país, como se sabe, com enormes diferenças geográficas, culturas e históricas como o Brasil. De nada adianta especular, pois não se tem comprovação de que o sistema alemão consiga reunir as vantagens do sistema majoritário e proporcional. Por outro lado, não se descarta a possibilidade de que ele recolha as desvantagens dos dois sistemas. É preciso que se pense em uma solução que vise a aperfeiçoar o nosso modelo representativo, levando em conta as peculiaridades que informam a realidade brasileira.

Nesse sentido, é providencial a lição do professor Fábio Konder Comparato:

Ora, o efeito normal do sistema eleitoral majoritário é de engendrar, pela sua própria natureza, o personalismo da representação política e o enfraquecimento conseqüente dos partidos. Não é por outra razão que ele vem sendo introduzido atualmente na Itália, como forma de se quebrar a “partitocracia”. Nos países que vivem debaixo de outras tradições e costumes políticos – como o Reino Unido e os Estados Unidos – o efeito de enfraquecimento partidário é razoavelmente minimizado pela mais sólida tradição dos (poucos) partidos. No Brasil, porém, a adoção do voto de maioria, sobretudo na modalidade distrital, viria reforçar nossa tendência a produzir parlamentares individualistas, que se estabelecem politicamente como meros provedores de soluções a problemas particulares da clientela. Ou seja, o oposto da verdadeira representação democrática, fundada na soberania popular e na supremacia do bem comum<sup>14</sup> sobre os interesses próprios de indivíduos, grupos ou classes.

Além disso, outro grande receio atinente à implantação de um sistema eleitoral de corte majoritário-distrital é de que esse sistema deixe de fora da representação segmentos importantes das forças sociais presentes no País.<sup>15</sup>

Dentro desta perspectiva, a fim de corrigir as distorções causadas por um sistema eleitoral centrado na pessoa do candidato, conforme se verifica no caso do Brasil, uma possível solução é a adoção do sistema de votação proporcional puro, ou seja, fundado em listas partidárias fechadas. Outra opção viável é o sistema de lista flexível, onde os partidos apresentam uma lista ordenada de candidatos que pode ter sua disposição alterada pelo eleitor que, neste caso, assinala sua preferência por certos candidatos ou reordena a lista. Nesse caso, vale atentar para dois possíveis inconvenientes do sistema: a sua complexidade, o que ocasiona desconfiança por parte do eleitor, e a não-eliminação por completo dos vícios do atual sistema, já que é aberta a opção do voto personalizado.<sup>16</sup>

Atualmente, na Câmara dos Deputados, onde a matéria está tramitando, a introdução do sistema de listas fechadas é considerado o ponto mais delicado da reforma política. Há muita resistência por parte de parlamentares acostumados à estrutura de poder clientelista que o sistema partidário proporciona.

É importante ressaltar que, quando os candidatos são escolhidos dentro de um processo democrático pelos próprios membros do partido, aqueles devem suas carreiras à agremiação e, por isso mesmo, lhe devem lealdade. Isto induz os candidatos a que atentem menos para sua imagem e valorizem a sigla do partido que representam.

#### 4 MULTIPARTIDARISMO E CLÁUSULA DE BARREIRA

É comum a crítica elaborada ao sistema partidário brasileiro tendo como sustentáculo a excessiva proliferação partidária. Tal fenômeno seria nocivo ao regime democrático, na medida em que daria ensejo à formação de pequenas facções, de pequenos partidos sem expressão política, mas, por vezes, perigosos. Tais grupos seriam facilmente corrompidos por dinheiro e por outros favores políticos. Além disso, a multiplicidade de partidos em si mesma constituiria um obstáculo à governabilidade do país, seja no sistema parlamentarista ou presidencialista, pois, se nenhum dos partidos tem maioria absoluta, os governos seriam obrigados a formar coalizões, quase sempre instáveis e túbias por natureza.

O antídoto para evitar essa multiplicação excessiva de partidos seria a criação, pela legislação brasileira, de uma cláusula de exclusão, que é um mecanismo destinado a exigir legalmente um mínimo de votos que um partido precisa receber para garantir representação parlamentar. Na Alemanha, onde vigora cláusula de exclusão bastante conhecida, a legislação estabelece um mínimo de 5 % de votos nacionais para os partidos garantirem representação na câmara baixa.<sup>17</sup>

Para a correta compreensão do assunto, é importante salientar que a atual Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95) já exige desempenho eleitoral mínimo para que o partido tenha direito ao funcionamento parlamentar. É claro que não se trata de exigência no sentido de impedir que o partido tenha representação, mas de todo modo, em não atingindo o percentual exigido, o partido fica destituído de importantes prerrogativas para o desempenho do seu mister.<sup>18</sup>

No Senado Federal, o relatório final da Comissão Especial de Reforma Política concluiu que o estabelecimento de uma cláusula de exclusão é medida inócua. Isso porque tal medida não impede a criação de novos partidos na mesma velocidade em que as agremiações sejam extintas. Ademais, segundo o relatório, a reforma deve caminhar no sentido de fortalecer os partidos políticos, mas sem impor restrições à sua criação, o que seria um retrocesso. A Comissão optou, pois, pela liberdade de criação dos partidos, na esperança de que as fusões decorram do próprio desempenho das demais alterações propostas no reforma política do Estado, em especial a proibição de coligações. Ainda assim, a Comissão propôs que somente tenha acesso a recursos e a tempo de televisão o partido que cumpra o requisito do artigo 13 da Lei n. 9.096/95, ou seja, a obtenção de pelo menos 5% dos votos para a Câmara dos Deputados, com mínimo de 2% em pelo menos nove Estados.<sup>19</sup>

Merece guarida a proposta aprovada pela Comissão Especial de Reforma Política do Senado Federal. A defesa da introdução de uma cláusula de barreira provém de um discurso do excessivo número de partidos. É preciso, no entanto, levar em conta o fato de que a introdução dessa cláusula impede a contabilização de uma parcela razoável dos votos, desprezando-se parcela significativa do eleitorado. Assim sendo, não parece que seja uma medida verdadeiramente democrática.

Além disso, a própria regra do cálculo do quociente partidário e o modo de distribuição das sobras já funcionam como verdadeiras cláusulas de exclusão, já que os partidos menos votados ficam sem representação no parlamento, o que não deixa de ser uma medida que esteriliza votos.<sup>20</sup>

Por todas essas razões, acreditamos que a adoção da cláusula de barreira não seja uma medida verdadeiramente democrática.

## 5 CONCLUSÃO

Não obstante os partidos sejam importantes mecanismos de fortalecimento da democracia, no caso do Brasil, faz-se necessária a implementação de mudanças na legislação, mormente no que concerne à fidelidade partidária, ao sistema de representação proporcional de lista aberta e outros dispositivos da legislação eleitoral, que induzem à formação de um sistema eleitoral centrado na pessoa do candidato, em detrimento dos partidos políticos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMES, Barry. *Os entraves da democracia no Brasil*. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

BRASIL. Senado Federal. Comissões Especiais. *Relatório final da Comissão Especial da Reforma Política*. Disponível em <[www.senado.gov.br/web/hprfinal/](http://www.senado.gov.br/web/hprfinal/)> Acesso em 28.9.04.

CINTRA, Antonio Octávio. *O sistema eleitoral alemão como modelo para a reforma do sistema eleitoral brasileiro*. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em <[www.camara.gov.br/internet/diretoria/](http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/)>. Acesso em 27.9.04.

COMPARATO, Fábio Konder. A necessidade de formulação do sistema eleitoral brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MAINWARING, Scott P. *Sistemas partidários em novas democracias: o caso do Brasil*. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.

MORAES, Carlos Alberto Marques. *Dinâmica institucional da representação: individualismo e partidos na Câmara do Deputados*. *Novos Estudos*, CEBRAP, n. 38, 03/1994

NICOLAU, Jairo Marconi. *Multipartidarismo e democracia: um estudo sobre o sistema partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

\_\_\_\_\_. *Sistemas eleitorais: uma introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

REINER, Lúcio. *Fidelidade partidária*. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em <[www.camara.gov.br/Internet/diretoria/conleg/estudos/107706](http://www.camara.gov.br/Internet/diretoria/conleg/estudos/107706)>. Acesso em 27.9.04.

SAMUELS, David. *Determinantes do voto partidário em sistemas eleitorais centrados no candidato: evidências sobre o Brasil*. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, 1997, v. 40.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, José Antonio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

<sup>1</sup> Este foi o teor de resposta proferida por Antonio Carlos Magalhães, quando lhe foi perguntado sobre como ele conseguiu eleger para sucessor um candidato desconhecido (AMES, Barry, *Os entraves da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 105).

<sup>2</sup> MAINWARING, Scott P. *Sistemas partidários em novas democracias: o caso do Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001, p. 43.

<sup>3</sup> REINER, Lúcio. *Fidelidade partidária*. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em <[www.camara.gov.br/Internet/diretoria/conleg/estudos/107706](http://www.camara.gov.br/Internet/diretoria/conleg/estudos/107706)>. Acesso em 27.9.04.

<sup>4</sup> AMES, *op. cit.*, p. 350.

<sup>5</sup> NICOLAU, Jairo Marconi. *Multipartidarismo e democracia: um estudo sobre o sistema partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996, p. 9.

<sup>6</sup> NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais: uma introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 31.

<sup>7</sup> SAMUELS, David. *Determinantes do voto partidário em sistemas eleitorais centrados no candidato: evidências sobre o Brasil*. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 40, 1997, p. 78.

<sup>8</sup> Sobre o número de candidatos registrados por cada partido político, a Lei n.º 9.504/97, dispõe o seguinte:

“Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, até 150 % (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher.

§ 1.º No caso de coligação para eleições proporcionais, independentemente do número de partidos que integrem, poderão ser registrados candidatos até o dobro do número de candidatos a preencher.”

<sup>9</sup> NICOLAU, *op. cit.*, p. 51.

<sup>10</sup> MORAES, Carlos Alberto Marques. *Dinâmica institucional da representação: individualismo e partidos na Câmara do Deputados*. *Novos Estudos*, CEBRAP, n. 38, 03/1994, p. 110.

<sup>11</sup> AMES, *op. cit.*, p. 342.

<sup>12</sup> BRASIL, Senado Federal. Comissões Especiais. *Relatório Final da Comissão Especial da Reforma Política*. Disponível em <[www.senado.gov.br/web/hprfinal/](http://www.senado.gov.br/web/hprfinal/)> Acesso em 28/09/2004.

<sup>13</sup> CINTRA, Antonio Octávio. *O sistema eleitoral alemão como modelo para a reforma do sistema eleitoral brasileiro*. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em <[www.camara.gov.br/internet/diretoria/](http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/)>. Acesso em 27.9.04.

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A necessidade de formulação do sistema eleitoral brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 66.

<sup>15</sup> TAVARES, José Antonio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 371.

<sup>16</sup> NICOLAU, *op. cit.*, p. 60/61.

<sup>17</sup> *Idem, ibidem.*, p. 46.

<sup>18</sup> “Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados votos brancos e nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles”. (Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de setembro de 1995).

<sup>19</sup> BRASIL, Senado Federal. Comissões Especiais. *Relatório Final da Comissão Especial da Reforma Política*

<sup>20</sup> José Afonso da Silva ressalta que o quociente partidário, ou seja, o número de lugares a preencher nas casas legislativas para cada partido, obtém-se dividindo o número de votos obtidos pela legenda pelo quociente eleitoral, desprezada a fração. O quociente eleitoral, por seu turno, obtém-se dividindo o número de votos válidos pelo número de lugares a preencher nas casas legislativas. Assim, somente concorrerão a essa distribuição os partidos que tiverem o quociente eleitoral, isto é, o número de votos suficientes para a eleição de pelo menos um candidato. (*Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 372).

## BRIEF CONSIDERATIONS ON BRAZILIAN POLITICAL SYSTEM PARTY

### ABSTRACT

This present work is about the evolution of the Brazilian system party, especially the one referring to controvert aspects and also perspective changes, in accordance to the proposal presented at the National Congress about the Political Reform of the State.

### KEYWORDS

Political Parties. Party Integrity. Proportional Representation. Multi-Parties.

## BREF ÉTUDE SUR LE SYSTÈME PARTIDAIRE BRÉSILIEN

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'un bref étude sur le système partidaire brésilien, notamment en ce qui concerne les aspects controverses et les perspectives des changements, selon les propositions déposées au Congrès national sur la Réforme politique de l'Etat.

### MOTS CLÉS

Partis politiques. Loyauté partidaire. Représentation proportionnelle. Multipartidarisme.

# SÍSIFO NO LIMITE DO IMPONDERÁVEL OU DIREITOS SOCIAIS COMO LIMITES AO PODER REFORMADOR

Fayga Silveira Bedê\*

1 Introdução. 2 Governo dos vivos pelos mortos? Uma primeira aproximação ao problema. 3 *Teoria dos direitos fundamentais*: vale a pena ver de novo. Uma segunda aproximação ao problema. 4 Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem limites materiais ao Poder Constituinte Derivado? 4.1 A posição de Ingo W. Sarlet. 4.2 *Limites materiais*: um clássico. 4.3 *Nossa posição*: os direitos sociais como limites materiais implícitos. 4.3.1 Os direitos fundamentais sociais integram o núcleo identitário da Constituição de 1988? 4.3.2 Os direitos sociais e a proibição de retrocesso social. 5 Considerações finais.

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo o estudo da seguinte hipótese: os direitos fundamentais sociais constituem limites materiais ao Poder Reformador? Procura-se desenvolver uma resposta a este questionamento analisando-se o Poder Constituinte, a Constituição e os Direitos fundamentais. Ao fim do estudo, conclui-se pela intangibilidade dos direitos sociais, tendo em vista que a sua abolição importaria em flagrante *retrocesso social* e em violação da *identidade constitucional*.

## PALAVRAS-CHAVE

Direitos sociais. Limites materiais. Poder Reformador. Intangibilidade. Identidade constitucional. Retrocesso social.

## 1 INTRODUÇÃO

Em meio aos tormentosos problemas sociais, econômicos e políticos que assolam o país em tempos de neoliberalismo, estala no Brasil uma crise que, ao ver de Paulo BONAVIDES, já não consiste em mera *crise constitucional*, posto que, de tão profundo e enraizado o abalo nas instituições democráticas, o que se configura é verdadeira *crise constituinte*.

Tem o ilustre jurista que a crise institucional que assola o país talvez já não possa ser absorvida ou contornada pelo sistema jurídico, debelando-se os seus efeitos através de simples ajustes de natureza pontual operáveis por uma regular intervenção do poder limitado de reforma.

\* Doutoranda em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito do Trabalho pela UNIFOR. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito da Faculdade CHRISTUS. Professora universitária.

De fato, a considerar que o país tem uma Constituição que já sofreu (até o momento em que este artigo está sendo escrito!) quarenta e sete emendas, passados menos de dezessete anos de sua promulgação; contando, além do mais, com uma série de propostas de emenda que tramitam regularmente no Congresso (cujo teor é, no mais das vezes, manifestamente atentatório de sua natureza *rígida*<sup>1</sup>); acerta Paulo BONAVIDES, ao ponderar que o Brasil atravessa uma *crise constituinte*, por tratar-se de uma crise do *próprio poder constituinte*; que atinge o regime, o sistema de governo, e, de modo geral, todas as instituições democráticas.<sup>2</sup>

Por sua vez, a crise brasileira inscreve-se em um contexto mundial sujeito a variáveis relevantes de natureza hipercomplexificada, tendo em vista que o tradicional arquétipo de soberania nacional vem sofrendo um processo gradativo de entorpecimento, decorrente dos influxos neoliberais, cujas injunções tendem a fragilizar, ainda mais, o incipiente processo democrático no país.

Delineada em linhas gerais a gravidade do quadro, tanto mais delicada se afigura a situação específica dos direitos sociais, econômicos e culturais - naturalmente mais predispostos e suscetíveis às investidas reformistas das maiorias congressuais de ocasião.

Assim, justifica-se a necessidade premente de se examinar qual o regime de proteção de que dispõem os direitos sociais em face da atuação erosiva do Poder Reformador.

Contudo, é complicado pensar num regime de proteção reforçada para os direitos fundamentais sociais, quando se tem em mente que o § 4º do art. 60 da CF-88<sup>3</sup> silenciou a seu respeito, justamente quando o legislador constituinte fincava as chamadas “cláusulas de eternidade”.

Com efeito, ao definir que matérias gozariam da condição de cláusulas pétreas – integrando, de forma inequívoca, o *núcleo duro* da Constituição – o referido dispositivo limitou-se a mencionar, tão só e simplesmente, os direitos fundamentais *individuais*, restando silente quanto aos direitos fundamentais *sociais*; pelo que se impõe a formulação das questões que seguem.

Dentre as exegeses possíveis do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF-88, qual é o tratamento hermenêutico que se afigura mais adequado à construção de uma teoria de eficácia reforçada daqueles direitos fundamentais não-individuais? Podem ser considerados como “cláusulas pétreas”, operando-se uma interpretação ampliativa do referido preceito?

Em caso contrário, seria possível adotar-se o entendimento no sentido de que os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais configuram-se em autênticos “limites materiais implícitos”, gozando, portanto, do mesmo regime jurídico de proteção reforçada de que usufruem os direitos fundamentais individuais?

Estas questões constituem o epicentro de nossa hipótese de trabalho, de sorte que a busca de suas (possíveis) respostas será o fio condutor de toda a investigação.

## 2 GOVERNO DOS VIVOS PELOS MORTOS? UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA

Sob certo ângulo, constitui-se o Poder Constituinte Reformador em uma técnica criada pela constituição para promover os ajustes necessários ao texto constitucional sem que seja necessário convocar o poder constituinte originário<sup>4</sup> a se manifestar a cada nova demanda - o que, obviamente, seria impensável.

Contudo, como bem salientou José Afonso da SILVA, o agente ou sujeito da reforma continua a ser o próprio Poder Constituinte Originário, “que, por esse método, atua em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder às modificações na Constituição, que a realidade exige”.<sup>5</sup>

De qualquer sorte, a instituição do poder reformador – competente para proceder às atualizações e ajustes que vão se fazendo necessários ao longo do tempo – deve-se à superação do mito da imutabilidade constitucional acalentado pelos iluministas do século XVIII.

De fato, para Paulo BONAVIDES, seria verdadeira absurdez propugnar a tese de uma *imutabilidade absoluta* do texto constitucional, o que estaria a colidir com a própria vida:

(...) que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.

Neste sentido, Paulo BONAVIDES relembra célebre passagem da obra de Rousseau - “Considerações sobre o Governo da Polônia” - em que este declarava ser “contra a natureza do corpo social impor leis que ele não possa revogar”; salientando contudo que a possibilidade de revogar tais leis deveria observar a mesma solenidade empregada no estabelecê-las.<sup>7</sup>

A par de tais considerações, extrai-se que, já não havendo como prosperar o antigo mito da imutabilidade constitucional (apesar dos esforços dos teóricos iluministas), aprouve à dogmática constitucional reconhecer ao povo e à nação o direito de mudar a Constituição reformando-a sempre que a experiência viesse a demonstrar tal necessidade, empregando-se para este fim exclusivamente os meios e procedimentos previstos na própria Constituição. Estava assim formulado o princípio jurídico da reforma constitucional.<sup>8</sup>

Muito embora esteja plenamente superado o mito da imutabilidade *absoluta* do texto constitucional, permanece o problema da rigidez de certos conteúdos que, por opção do constituinte, estariam ao abrigo da ação reformadora do poder derivado.

Ao fincar limites intransponíveis à ação reformadora do poder derivado, passa o poder constituinte originário a se fazer presente durante toda a vigência da Constituição por ele criada, projetando no futuro a permanência do *núcleo duro* dos valores fundantes da nova ordem inaugurada.

Contudo, não se pode deixar de questionar até que ponto a imposição pelo poder constituinte originário de limites à ação reformadora do poder derivado pode ser considerada legítima. Dito de outro modo: ao poder originário é dado erigir certos valores à condição de cláusulas irreformáveis, ainda que estes valores - “petrificados” na constituição - possam vir a se tornar incompatíveis com as realidades fáticas a ela subjacentes?

Atentos a essa questão, os americanos Jefferson e Thomas Paine já pregavam a impossibilidade de os mortos poderem, por intermédio da Constituição, impor sua vontade aos vivos; ao passo que o art. 28 da Constituição Francesa de 1793 estabelecia que “um povo sempre tem o direito de revisar, reformar e alterar sua Constituição. Uma geração não pode submeter as gerações futuras às suas leis.”<sup>9</sup>

Estas questões estão intrinsecamente ligadas ao problema da *flexibilidade* e da *rigidez* constitucional. É que, ao contrário do que se poderia supor à primeira vista, as questões atinentes a essa matéria não se reconduzem somente à controvérsia de se saber se uma norma constitucional é ou não suscetível de modificação. Na verdade, como alerta CANOTILHO, a dicotomia existente entre flexibilidade e rigidez tem como pano de fundo a

problemática muito mais vasta e complexa que é a da *abertura ao tempo* (Bäumlin) do direito constitucional e do conseqüente *desenvolvimento constitucional* (O-Bryde). O desenvolvimento constitucional significará, precisamente, o compromisso, pleno de sentido, entre a estabilidade e a dinâmica do direito constitucional.<sup>10</sup>

Então, se por um lado, o *direito constitucional aberto ao tempo*<sup>11</sup> se revela “um direito susceptível de alteração formal, de acordo com as necessidades impostas pela evolução política e social (<< adaptação >> << desenvolvimento constitucional >>”, impedindo que ele permaneça alheio à mudança; por outro lado, “há elementos do direito constitucional (princípios estruturantes) que devem permanecer estáveis, sob pena de a constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas. Nesse sentido se fala da *identidade da constituição* caracterizada por certos princípios de conteúdo inalterável.”<sup>12</sup>

Assim, se por um lado, não se pode deixar de reconhecer certa plausibilidade aos argumentos lançados por Jefferson e Thomas Paine, em sua inquietante colocação de se saber “se os vivos poderiam ser governados pelos mortos”; por outro lado, não se pode descurar que, sendo esta uma questão extremamente delicada, desafia o desenvolvimento de um saber em construção, conferindo-se à Constituição uma *textura aberta* capaz de apreender a realidade<sup>13</sup>, e, ao mesmo tempo, atuar sobre ela.

Assim, se por um lado, não se pode negar o risco de “engessamento” da norma constitucional face à *realidade fluida e irracional* (HESSE); por outro lado, não se pode desconhecer o grave risco em que incorreriam o Estado, o regime e as instituições democráticas ao expor a Constituição aos desvarios reformistas de maiorias congressuais de ocasião, caso se lhe recusassem a proteção do núcleo essencial de suas *decisões políticas fundamentais* (SCHMITT).

Assim, faz-se mister que se busque o adequado equacionamento destas duas variáveis que se antagonizam entre si, a saber, a necessidade de *permanência* e de *mudança* no seio de uma Constituição; pois se é verdade que a imutabilidade *absoluta* da Constituição acarretaria o risco de uma ruptura da ordem constitucional, em face do inexorável aprofundamento do descompasso entre o seu teor e a realidade social, econômica, política e cultural; não menos certo é que a garantia de certos núcleos essenciais protege a constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias parlamentares.<sup>14</sup>

### 3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: VALE A PENA VER DE NOVO. UMA SEGUNDA APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA

Tal como a tessitura de Penélope, que se faz e refaz, revisitando sempre os mesmos pontos, entende-se inafastável a necessidade de se voltar - ainda que em apertada síntese - ao clássico tema da teoria dos direitos fundamentais.

De fato, compreender a forma como os direitos fundamentais em geral se estruturam e desempenham as suas diferentes funções é pressuposto metodológico para se pensar os direitos sociais como limites ao poder reformador.

Com efeito, voltar aos velhos temas não implica necessariamente em chover no molhado, pois, como já apontava GADAMER em suas inesquecíveis lições, o processo cognitivo-interpretativo acontece em espiral, quando o sujeito cognoscente projeta as suas pré-compreensões sobre o objeto cognoscível, para, em seguida, ver-se afetado por esse mesmo objeto que, por seu turno, impõe limites objetivamente considerados ao sujeito. O que possibilita ao intérprete reformular as suas pré-compreensões iniciais acerca do referido objeto, revisitando-o a partir de um novo grau de compreensão, em um movimento contínuo de mútua implicação.<sup>15</sup>

Assim, voltando-se ao modelo adotado por Robert ALEXY, tem-se que os direitos fundamentais encontram assento sob uma tríplice estrutura, podendo se manifestar sob a forma de *direitos a algo*; *liberdades* e *competências*.<sup>16</sup>

Os *direitos a algo* estruturam-se através de normas consagradoras de um direito subjetivo. De acordo com a lição de CANOTILHO, “Diz-se que uma norma garante um *direito subjetivo* quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o <<direito>> a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto.”<sup>17</sup>

Assim, o direito subjetivo assegurado pela norma de direito fundamental reconduz-se a uma relação tríade, firmada entre o titular do direito, o obrigado (destinatário da obrigação correspondente) e a pretensão (objeto do direito). Assim, tomando-se o clássico exemplo do direito à vida: se por um lado o indivíduo tem em face do Estado o *direito* de que este não o mate; por outro lado, ao Estado incumbe o *dever* de se abster de praticar atos atentatórios contra a vida do indivíduo, bem como de zelar para que outros indivíduos não o façam.<sup>18</sup>

Os *direitos a algo* sub-dividem-se em: *direitos a ações negativas* e *direitos a ações positivas*.

Os *direitos a ações negativas* caracterizam-se como típicos *direitos de defesa*, cujo objeto diz respeito a uma pretensão de cunho negativo. Têm como escopo tutelar a chamada esfera de liberdade individual e podem ser perspectivados sob três enfoques: (i) direito de que o Estado não obstaculize o indivíduo de exercer um direito seu, tal como, por exemplo, o direito de livre manifestação de pensamento sem que o Estado oponha qualquer empecilho ou restrição ao seu exercício; (ii) direito de não-intervenção em situações jurídico-subjetivas, como, ilustrativamente, a proibição de violação de correspondência ou de invasão de domicílio; (iii) direito de não-eliminação de posições jurídico-subjetivas, ou seja, o direito de não eliminação de institutos jurídicos garantidos como direitos fundamentais, servindo de exemplo o direito à não eliminação do instituto jurídico do casamento, de forma a não impedir alguém de vir a se casar, ou ainda, o direito à não abolição da propriedade privada, de forma a não obstar alguém de transmitir seus bens em vida ou por morte.<sup>19</sup>

Dos exemplos colacionados, pode-se inferir que os *direitos a ações negativas* insurgem-se, indistintamente, contra a generalidade de situações que impedem o exercício de um direito, seja no plano fático, seja no plano normativo. Em vista disso, ALEXY preceitua que pode haver um *impedimento de conteúdo fático* (v.g., o Estado detém um indivíduo, impedindo o seu direito de livre locomoção) ou de *conteúdo normativo* (o Estado edita uma norma restritiva do direito de locomoção deste indivíduo).<sup>20</sup>

Por outra feita, os *direitos a algo* também podem se manifestar sob a forma de *direitos a ações positivas*, direitos estes, materializados na pretensão

de uma atuação positiva por parte do Estado, a qual pode se configurar sob a forma de uma prestação de natureza fática ou de natureza normativa.<sup>21</sup>

O direito a uma *ação positiva de conteúdo fático* traduz-se no direito a uma prestação material, tal como, exemplificativamente, o direito ao fornecimento do ensino público fundamental, assistência médica, etc. Ao passo que o direito a uma *ação positiva de conteúdo normativo* diz respeito a uma dada situação em que a edição de uma norma se afigura imprescindível à proteção de um bem jurídico determinado. Assim, conclui-se que o *direito à ação positiva de conteúdo normativo* do indivíduo corresponde a um *dever de legislar* para o Estado.<sup>22</sup>

Uma outra posição jurídica fundamental - integrante da tríplice estrutura dos direitos fundamentais, tal como concebida por ALEXY - reside na categoria das *liberdades*.

Para ALEXY, a *liberdade jurídica* que assume a relevância de *liberdade fundamental*, é aquela que se encontra protegida explicitamente por uma norma constitucional. Assim, a partir de sua concepção de *liberdade protegida* - ou seja, liberdade protegida por uma norma constitucional que garante expressamente a posição jurídica do indivíduo - pretende o autor, a superação do velho paradigma juscivilista de que, para que uma conduta seja permitida (liberada), é bastante que não esteja proibida nem obrigada por lei. ALEXY vem chamar a atenção justamente para o fato de que, se esta posição de liberdade não estiver salvaguardada de forma expressa por norma constitucional, ela estará sujeita a ulterior restrição ou supressão, bastando para isto que sobrevenha uma legislação infraconstitucional cujo teor proíba ou obrigue a referida conduta.<sup>23</sup>

O outro aspecto que está a merecer destaque, no que concerne à categoria das *liberdades*; é a necessária compreensão daquilo que lhe diferencia do *direito a ações negativas*. Veja-se que ambas se caracterizam como posições jurídicas fundamentais subjetivas de natureza defensiva. A nota distinguidora entre as duas reside no caráter de alternatividade de comportamento que possuem as *liberdades*.<sup>24</sup> Com efeito, as *liberdades* - ao contrário dos *direitos a ações negativas* - ensejam sempre uma *possibilidade de escolha* de um comportamento: ou seja, "o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre <<viver ou morrer>>)." <sup>25</sup>

Como última categoria do modelo concebido por ALEXY, têm-se as *competências*. As normas que se apresentam sob esta forma não visam permitir, proibir ou ordenar uma conduta, mas tão somente, atribuir uma competência. Por isto, diz-se que não se tratam de normas de comportamento, mas de estrutura. Assim, as *competências* conferem poderes aos indivíduos para que estes pratiquem determinados atos, e, por conseguinte, alterem determinadas posições jurídicas. O exercício destas competências se conexas intimamente com o exercício dos direitos fundamentais; assim, por exemplo, o

direito de contrair casamento está intrinsecamente ligado à competência para a consecução dos atos jurídicos necessários à sua celebração.<sup>26</sup>

Partindo-se da proposta de estruturação das normas de direito fundamental concebida por ALEXY, pode-se admitir que os direitos fundamentais se subdividem em dois grandes grupos quanto à função por eles desempenhada: *direitos de defesa* e *direitos de prestação*.

Os *direitos de defesa* podem ser perspectivados por um duplo viés: de um lado, implicam no poder de exercer positivamente direitos fundamentais (como exemplo desta esfera de liberdade positiva, pode-se citar o direito de expressar livremente o próprio pensamento através dos meios disponíveis); de outro, traduzem-se no poder de “exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos” (segundo-se o mesmo exemplo, a esfera de liberdade negativa consistiria no direito de se expressar livremente sem sofrer restrições ou impedimentos por parte dos poderes públicos).<sup>27</sup>

Os direitos fundamentais de cunho prestacional estão relacionados à *pretensão* de obter perante o Estado o fornecimento de uma *prestação*, pressupondo-se a atuação positiva dos órgãos dos poderes públicos. CANOTILHO diferencia os *direitos originários a prestações* e *direitos derivados a prestações*. Os *direitos originários a prestações* estariam relacionados à garantia constitucional de certos direitos, em face dos quais o Estado estaria obrigado a criar os pressupostos materiais indispensáveis ao seu efetivo exercício, sendo facultado aos cidadãos exigir de forma imediata prestações constitutivas desses direitos. Por outro lado, os *direitos derivados a prestações* estariam radicados em garantias já existentes, ou seja, à medida que o Estado viesse a concretizar os direitos a prestações previstos na Constituição, configurar-se-ia para os cidadãos o direito subjetivo de exigir e obter perante o Estado o regular fornecimento de sua *igual quota-parte*. Assim, para CANOTILHO

Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de <<guarda de flanco>> (J. P. Müller) desses direitos, garantindo o grau de concretização já obtido. Consequentemente, eles beneficiam da natureza de direitos justiciáveis, permitindo aos seus titulares o recurso aos tribunais a fim de reclamar a manutenção do nível de realização que os direitos fundamentais tenham adquirido. Neste sentido se fala também de *cláusulas de proibição de evolução reaccionária ou de retrocesso social* (ex.: consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente <<retornando sobre seus passos>>; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador revogar este direito).<sup>28</sup>

Esta distinção efetuada por CANOTILHO é reconduzível ao objeto central desta análise, que consiste em saber qual o grau de intangibilidade que se pode imputar aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Indene de dúvidas que, numa ambiência capitalista de contornos neoliberais, as conquistas sociais erigidas sob a égide do *Welfare State* encontram-se em rota de colisão com os padrões de acumulação de riqueza da nova ordem mundial, cuja agenda tem assento nas seguintes pautas: transnacionalização de mercados, mundialização das economias, reorganização do processo produtivo, revolução da indústria tecnológica, homogeneização do consumo, desterritorialização das decisões políticas e entorpecimento gradativo das soberanias.<sup>29</sup>

Com efeito, o mercado da aldeia global demanda produtos não massificados que apresentem elevada qualidade a preços baixos; exigência que requer redução de impostos e de custos com o fator trabalho; em síntese, a nova lógica de acumulação capitalista requer um Estado mínimo que não interfira na economia, nem no mercado de trabalho.

Assim, não é difícil justificar a necessidade de se pensar uma teórica que se revele *constitucionalmente adequada* à proteção de conteúdos materiais que, pela sua própria natureza, estão mais suscetíveis às injunções dejuridicizantes da política econômica.

É o que se pretende analisar no tópico subsequente.

## 4 OS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS CONSTITUEM LIMITES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO?

### 4.1 A posição de Ingo W. Sarlet

Dentre as correntes doutrinárias que advogam a tese de uma virtual intangibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais, chama-se a atenção para a posição adotada por Ingo SARLET. Para o ilustre autor, o art. 60, § 4º, inciso IV, da CF-88 reclama uma interpretação ampliativa. Resta ali consignado que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir “direitos e garantias *individuais*”.

De acordo com o entendimento do autor, o Constituinte disse menos do que deveria, devendo o dispositivo ser lido de forma a compreender no âmbito de sua proteção *todos os direitos fundamentais* - e não somente os direitos e garantias *individuais*.

Em prol desta tese, SARLET empreende um sofisticado esforço interpretativo, cujos principais argumentos são trazidos à colação, em apertada síntese:

1. Interpretar restritivamente o art. 60, § 4º, inciso IV, da CF-88, sustentando-se que somente os direitos e garantias individuais (art.5º) constituem-se em cláusulas pétreas, implica em deixar ao desabrigo da proteção outorgada por esta norma não somente os direitos sociais (arts.6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (arts.12 e 13), bem como os direitos políticos (arts.14 a 17).
2. Por uma questão de coerência, nem mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) - constantes no rol do art.5º da CF-88 - poderiam ser considerados cláusula pétrea.
3. Ainda de acordo com uma interpretação restritiva, ficariam de fora desta proteção até mesmo os direitos sociais não-prestacionais (liberdades sociais), cuja indiscutível natureza de direitos de *defesa* os equipara, em linha de princípio, aos *direitos de liberdade negativa* constantes no rol do art.5º da CF-88 (v.g. o direito social de liberdade sindical).<sup>30</sup>

Em que pese a plausibilidade dos argumentos levantados por Ingo SARLET, algumas considerações se fazem necessárias. A despeito do reconhecimento de que a técnica utilizada pelo Constituinte ao redigir o inciso IV, do § 4º do art. 60, foi inegavelmente defeituosa, ensejando-se diversas aporias em razão desta atecnia (constatadas, aliás, com muita perspicácia pelo eminente autor gaúcho); discorda-se no presente trabalho da solução apontada pelo autor, pelas razões oportunamente expendidas.

#### 4.2 Limites materiais: um clássico

É pacífico entre nós que ao Poder Constituinte Derivado cumpre o mister de alterar a constituição sempre que se fizer necessário, salientando-se que as eventuais alterações devem observar determinados limites, fora dos quais a reforma - seja por via de emenda, seja por revisão - é inconstitucional, estando sujeita aos mecanismos próprios de controle de constitucionalidade.

As controvérsias recaem, no entanto, acerca da fixação desses limites. Na presente análise interessa-nos mais proximamente as limitações *materiais*, uma vez que os limites *temporais* e *circunstanciais* refogem inteiramente ao âmbito de interesse da pesquisa.

Os limites ditos *materiais* constituem-se - na expressão de Bonavides<sup>31</sup> - em “técnica restritiva de intangibilidade absoluta de uma parte do texto constitucional”, de que se vale o Poder Constituinte Originário para excluir determinadas matérias e conteúdos da incidência da ação reformadora do Poder Derivado.

Trata-se de técnica de auto-tutela constitucional, pela qual se distinguem as matérias vocacionadas para a *eternidade* (“cláusulas de eternida-

de”), daquelas voltadas apenas para a mera *estabilidade*. Em outros termos: as matérias constantes nas cláusulas pétreas (§ 4º do art.60 da CF-88) são subtraídas ao poder reformador do Congresso Nacional, sendo insuscetível de deliberação qualquer proposta de emenda tendente a aboli-las. As demais matérias constitucionais - acerca das quais o Constituinte não exigiu expressa ou implicitamente a sua imutabilidade - estão à mercê do Poder Constituinte Derivado, desde que obedecidos os procedimentos reformadores mais dificultosos que os exigidos para as leis complementares e ordinárias. Assim, o Poder Originário nega ao Poder Derivado a possibilidade de modificar os “princípios eternos”, mas lhe habilita a rever (se for o caso) os “princípios estáveis” - recusando-lhe, contudo, a possibilidade de delegar essa competência ao poder legislativo ordinário!<sup>32</sup>

Cumpre ressaltar, ainda, a teor do *caput* do art. 60, que a Constituição não se limita a proibir a discussão<sup>33</sup> de emenda que de fato proponha a abolição das cláusulas pétreas. A Constituição chega a proibir até mesmo

a discussão de emenda tendente àquela abolição. E é claro que por tendência há de se entender a vocação, a propensão, a inclinação, a potencialidade e tudo o mais que sinalize um risco, uma possibilidade ainda que transversa, mesmo que diferida, de se perpetrar a supressão (...)<sup>34</sup>

das matérias ali enfeixadas.

Importa consignar acerca da importância do papel desempenhado pelos limites materiais, que estes se prestam à preservação das *decisões fundamentais* do constituinte, as quais, afastadas da incidência da ação reformadora do poder derivado, asseguram a perpetuidade do *núcleo duro* da Constituição, que passa a vigorar no futuro, conforme a precisa lição de Ingo SARLET:

A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por trás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração. No fundo, o reconhecimento de limitações de cunho material significa que o conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do legislador constitucional e de uma maioria qualificada, sendo necessário, por um lado, que se impeça uma vinculação inexorável e definitiva das gerações futuras às concepções do Constituinte, ao mesmo tempo em que se garanta às Constituições a realização de seus fins.<sup>35</sup>

A par de tais considerações, importa referir que a doutrina majoritária registra - para além dos limites materiais *explícitos* (cláusulas pétreas) - a existência de verdadeiros limites materiais *implícitos*. Os limites *implícitos* cumprem uma função protetiva da Constituição, através de uma dúlice dimensão: (i) protegem a Constituição, de forma mais imediata, na medida em que consubstanciam princípios estruturais que - concernentes à identidade constitucional - não podem ser reformados em seu núcleo essencial, sob pena de dessubstancialização da própria Constituição; (ii) protegem, ainda, a Constituição, de forma indireta, na medida em que exercem um papel de *guarda de flanco* das cláusulas pétreas - contribuindo para impedir a erosão dos próprios “limites materiais *expressos*”.

Com efeito, se os limites *explícitos* determinam a intangibilidade das matérias expressamente protegidas pelas cláusulas pétreas; os limites *implícitos* vedam ao Poder Derivado o direito de dispor das próprias *cláusulas pétreas*!

Não fosse assim, bastaria que o Poder Derivado deliberasse pela supressão pura e simples do próprio art.60 da CF-88, para que já não houvesse mais qualquer freio à sua atuação, operando-se a conversão da constituição rígida em flexível. Por óbvio, que se trataria de verdadeiro *non sense*, pois ao poder reformador não é dado imiscuir-se nas normas definidoras dos limites de sua competência, tal como consignadas pelo poder originário, sob pena de guindar-se, ele mesmo, à condição de um novo poder originário!<sup>36</sup>

Muito embora haja um forte grau de consenso acerca da existência dos limites implícitos - tese que remonta à clássica lição de Nelson de Sousa Sampaio - o mesmo não se pode afirmar em relação à possível identificação das matérias albergadas por este regime de proteção reforçada. Para o referido autor, poderiam ser citados como exemplos de *limites imanes*: a) a matéria de direitos fundamentais; b) as matérias concernentes ao titular do poder constituinte (não seria admissível que o poder derivado pudesse modificar o titular do próprio poder que o criou); c) as matérias relativas ao titular do poder reformador (o poder derivado não poderia modificar a titularidade de seu próprio poder, já que ela lhe foi outorgada pela vontade do constituinte originário); d) as matérias relativas ao processo da própria emenda, a não ser que fosse para dificultá-lo ainda mais.<sup>37</sup>

Carl SCHMITT, por seu turno, busca fornecer um critério capaz de nortear esta investigação, consistente em se tentar identificar quais são as *decisões fundamentais* do constituinte cuja abolição importaria no próprio esvaziamento da identidade constitucional. Perquirindo-se de uma matéria cuja modificação viesse a implicar na alteração da essência mesma da Constituição, estar-se-ia, então, diante de um autêntico *limite implícito*, devendo-se concluir pela sua intangibilidade.<sup>38</sup>

Muito embora os limites materiais “implícitos”, “imanes” ou “não-escritos” não estejam elencados expressamente no rol das “cláusulas pétreas”,

reclamam para si a mesma “proteção jurídica reforçada” que se outorga às “cláusulas de eternidade” (constantes no art. 60, § 4º da CF-88). Esta exigência se deve ao fato de que a supressão de tais matérias implicaria, por via oblíqua, no esvaziamento da identidade constitucional, operando-se o fenômeno a que alguns autores designam expressivamente de *fraude à Constituição* (transmutação *silenciosa* de uma constituição em outra, por meio da alteração de seus limites materiais).<sup>39</sup>

Por fim, importa esclarecer, com arrimo nas lições de Ingo SARLET, que as cláusulas pétreas (explícitas ou implícitas) de uma Constituição não pretendem a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados. De sorte que as cláusulas pétreas contêm, na verdade, a proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais. “Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção”.<sup>40</sup>

Assim, o que se postula é a proteção do *núcleo essencial* do princípio em questão. Nada obsta a regulamentação, alteração ou até mesmo a sua restrição (desde que preservado o seu conteúdo essencial). Este núcleo diz respeito à essência do bem ou direito protegido (excluídos os seus elementos circunstanciais) constituindo-se “daqueles elementos que não podem ser suprimidos sem acarretar alteração substancial no seu conteúdo e estrutura”.<sup>41</sup>

F. NOVELLI, por sua vez, - citado por Ingo SARLET - aduz que se deve entender por *núcleo essencial*<sup>42</sup> de um bem ou direito aqueles elementos que constituem a “própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, eles verdadeiramente inerentes, por isso que integrantes de sua estrutura e do seu tipo, conforme os define a Constituição.”<sup>43</sup>

Estas considerações servem para subsidiar o enfrentamento de uma questão mais complexa, a saber: os direitos sociais, econômicos e culturais podem ser considerados como cláusulas pétreas, numa interpretação ampliativa do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF-88 - tal como pretende Ingo SARLET? Não sendo possível concordar com essa tese, como se poderia enquadrá-los?

São as questões a seguir formuladas.

### 4.3 Nossa posição: os direitos sociais como limites materiais implícitos

No quadrante da teoria dos limites materiais (em sede do direito constitucional positivo pátrio), uma das questões mais instigantes é sem dúvida o problema referente à abrangência e à intensidade de proteção que se pode outorgar àqueles direitos fundamentais cuja menção não restou expressa-

mente consignada pelo inciso IV do § 4º do art. 60 da CF-88 (repise-se que o referido dispositivo menciona apenas os “direitos e garantias *individuais*”).

Questiona-se, por conseguinte, se as demais categorias de direitos fundamentais - direitos coletivos, sociais, econômicos, culturais, entre outros contemplados pela Constituição - estariam ao abrigo da “atuação erosiva” do Poder Constituinte Derivado, dispondo de eficácia jurídica reforçada assim como os direitos e garantias *individuais*.

Neste passo, assume especial relevo a formulação das seguintes questões: dentre as exegeses possíveis do § 4º do art. 60 da CF-88, qual é o tratamento hermenêutico que se afigura mais adequado à construção de uma teoria de eficácia reforçada daqueles direitos fundamentais não-individuais? Podem ser considerados cláusulas pétreas” aplicando-se-lhe uma interpretação ampliativa do referido preceito, como quer Ingo Sarlet? Em caso contrário, seria possível adotar-se o entendimento no sentido de que os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais configuram-se em autênticos “limites materiais implícitos”?

Sabe-se que existem duas espécies de limites materiais ao poder de reforma, as quais podem se manifestar sob a forma de cláusulas pétreas (limites materiais *explícitos*) ou sob a forma de limites materiais *implícitos*. Entende a melhor doutrina que esta última espécie de limitação ao poder reformador goza do mesmo regime jurídico de proteção reforçada que se confere às cláusulas pétreas (sendo este, aliás, o entendimento do próprio SARLET).<sup>44</sup> Que as matérias agasalhadas pela Constituição sob a forma de limites *implícitos* gozam de igual proteção frente às cláusulas pétreas parece indiscutível; sua desvantagem inequívoca reside no fato de que se exige um maior esforço interpretativo quanto à sua delimitação.

Pois bem! Considerando-se que as matérias protegidas por esta cláusula implícita de intangibilidade dizem respeito àquele núcleo inalterável da Constituição que - muito embora não tenha constado expressamente no art. 60, § 4º, inciso IV, - não pode ser objeto de restrição ou supressão (em seus aspectos essenciais) pelo Poder Constituinte Reformador, sob pena de esvaziamento da própria *identidade constitucional*; parece insofismável concluir - ainda que por uma atecnia do Constituinte - que os “direitos e garantias *individuais*” são considerados cláusulas pétreas, isto é, limites materiais **expressos**, porque constaram **expressamente** sob esta qualificação (cf. art. 60, § 4º, inciso IV); ao mesmo passo em que os demais direitos fundamentais - cuja menção ficou apenas **implícita** - configuram-se, por óbvio, em limites materiais **implícitos**. Assim, a despeito da inegável sofisticação dos argumentos em contrário; tudo leva a crer que estes caminham contra as evidências.

De todo o exposto, resulta que os direitos sociais, econômicos e culturais - objeto central desta investigação - não podem ser qualificados como “limites materiais *expressos*”, uma vez que, não custa repisar, não foram *expressamente* erigidos a essa condição.

Assim, resta perquirir se referidos direitos estariam salvaguardados da atuação reformadora do Poder Constituinte Derivado na condição de limites materiais *implícitos*.

É o que se passará a investigar.

O problema da localização dos limites implícitos está intrinsecamente ligado à questão da identidade constitucional. O que, por sua vez, remete à clássica taxionomia formulada por Carl SCHMITT, a quem coube distinguir, de um lado, a “constituição” - enquanto conjunto de decisões políticas fundamentais - e, de outro, todas as demais “leis constitucionais”.

Para o constitucionalista alemão, a “Constituição” seria a *decisão política fundamental* sobre o modo e a forma de ser da unidade política, isto é, a unidade de valores existenciais que se constituem na essência do modo de ser de um povo; ao passo que as “leis constitucionais” consubstanciariam uma órbita de valor relativo, estando sujeitas à alteração, desde que observados os procedimentos agravados de reforma.

Assim, para esse autor, a “Constituição” - na qualidade de decisão política fundamental - não seria passível de reforma; constituindo-se, portanto, em núcleo intangível, por traduzir os valores essenciais daquela unidade política.<sup>45</sup>

Note-se que a idéia desenvolvida por Schmitt sobre a existência de um núcleo duro (intangível) - ao qual ele chamou “Constituição” - assume particular relevância ao se enfrentar o problema da proteção dos limites materiais implícitos, como forma de preservação da própria identidade da Constituição.

Com efeito, o Princípio da Inalterabilidade da Identidade Constitucional é tributário da tese de que há na Constituição determinadas *decisões*, tomadas pelo Poder Constituinte Originário, que face à sua particular fundamentalidade, não se encontram plenamente à disposição do Poder Constituinte Derivado - ainda que observados os processos agravados de reforma - sob pena de, alterados os seus conteúdos, alterar-se a essência mesma da Constituição, a qual viria a se transmutar em uma outra Constituição, desencadeando-se verdadeira ruptura com a ordem constitucional vigente.<sup>46</sup>

De posse destas primeiras considerações, recoloca-se a questão: os direitos sociais, econômicos e culturais são parte integrante desta identidade nuclear da Constituição, constituindo-se, portanto, em limites materiais implícitos, insuscetíveis de serem feridos pelo Poder Reformador, sob pena de macular-se a própria essência da Constituição?

A resposta a esse questionamento reconduz à célebre lição de CANOTILHO, para quem, em sede de direito constitucional, há certas questões que não podem ser enfrentadas adequadamente a partir de hipóteses abstratas. A investigação acerca dos limites imanentes à ação reformadora

do poder derivado, por exemplo, é um problema que só pode ser analisado em concreto. A toda evidência que o “conteúdo substancial” da Constituição só pode ser corretamente inferido a partir de uma análise que se revele *constitucionalmente adequada*.

É o que se pretende investigar, mais amiúde, no próximo tópico.

#### 4.3.1 Os direitos fundamentais sociais integram o núcleo identitário da Constituição de 1988?

Com a Constituição de 1988, virou-se uma página obscura da história do país, fechando-se o ciclo de autoritarismo, arbitrariedade e violência enfrentados durante todo o período ditatorial em que o Brasil esteve mergulhado. De conseqüência, a Constituição de 1988 demarca a passagem pacífica de um Estado ditatorial para um Estado democrático, instaurando-se uma nova ordem jurídica, por meio da ruptura com o *status quo* anterior. Com efeito, a partir de sua promulgação, passa-se a viver sob a égide de um “Estado Democrático de Direito”.<sup>47</sup>

A Constituição utiliza-se da locução “Estado Democrático de Direito” com o propósito de referir-se a *Estado de Direito de orientação social* - na expressão cunhada pelo Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève. Confira-se, mais amiúde, nas palavras do referido autor, o sentido em que se dá emprego ao termo:

É o Estado que procura conciliar os postulados oferecidos pelo constitucionalismo com a preocupação social. Pode ser chamado de Estado de Direito Democrático, como em Portugal (art.2º da Constituição da República Portuguesa), ou de Estado Social e Democrático de Direito, como na Espanha (art.1º da Constituição Espanhola), ou de Estado de Direito Democrático e Social, como na Alemanha (art.28.1 da Lei Fundamental de Bonn), ou de **Estado Democrático de Direito como no Brasil (art.1º da Constituição Federal de 1988)**. Neste particular, a questão nominal pouco importa. Importa, sim, o modo de organização do Estado e a amplitude das liberdades em face dele.”<sup>48</sup> (destaques nossos)

Ao instituir um “Estado Democrático de Direito”, a Constituição está atribuindo ao Estado, antigos e novos papéis. De um lado, mantém as grandes “conquistas civilizatórias” auferidas pelo Estado de Direito Liberal - “a sujeição do Estado ao Direito; o respeito aos direitos individuais, e a contenção do poder”.<sup>49</sup> E de outro, imputa-lhe a condição de Estado Social de prestações - a quem incumbe uma multiplicidade de tarefas; cabendo-lhe um papel ativo na sociedade, de cunho marcadamente intervencionista. Trata-se de um Estado comprometido com a busca da redução das desigualdades sociais; a quem cabe implementar políticas públicas que assegurem a

saúde, educação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, etc.<sup>50</sup>

De último, o uso da expressão “Estado Democrático de Direito” (grifei) quer designar que o Estado Social que se implantou no Brasil a partir de 1988, nada tem que ver com os “modelos de Estados Sociais que se encaminharam para o totalitarismo” - haja vista as experiências nazi-fascistas vivenciadas na Alemanha e na Itália, ou mesmo o Estado Novo da era Vargas.<sup>51</sup> Por outro lado, quer ainda designar o restabelecimento da democracia no país, com a restauração do Estado de Direito após um longo decurso de tempo vivido sob o jugo da ditadura.

Assim, com a instituição do “Estado Democrático de Direito”, acopla-se a noção de um Estado de Direito *material* à concepção do Estado de Direito *formal* (característica do Estado Liberal); de sorte que, ao valor da segurança jurídica vêm se somar novos axiomas, os quais podem ser condensados na noção de Justiça material.<sup>52</sup>

Contudo, cumpre referir que esta “acoplagem” do Estado Social ao Estado Liberal não se processa de forma tranqüila. A dificuldade de se obter uma conciliação dos interesses e valores propugnados pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, em sua dúplici dimensão, resta evidenciada na constatação de que, de fato, há uma dicotomia de caráter estrutural na Constituição de 1988, na medida em que estão consagrados em seu bojo valores com grande potencial antinômico.

Não é para menos. Se de um lado, o Estado Social propugna pela realização de valores como a “justiça social”, através da redução das desigualdades e da proteção das classes mais desfavorecidas; por seu turno, o Estado de Direito postula a primazia da propriedade, da livre iniciativa, da liberdade de mercado, da autonomia contratual e da segurança jurídica.

Neste passo, impende reconhecer que há dificuldades reais no trato com a Constituição brasileira. Contudo, entende-se que tais obstáculos podem ser enfrentados com êxito, bastando para isto, que se lhes dê um tratamento adequado, a partir de uma hermenêutica constitucional mais adequada.<sup>53</sup>

A par de tudo o que foi dito, convém não se olvidar que a existência de um certo grau de dualismo na Constituição era natural e previsível, dado o contexto histórico particular em que a mesma foi promulgada. É o Prof. Luís Roberto Barroso quem recorda:

O processo constituinte que resultou na nova Carta Política teve como protagonistas, portanto, uma sociedade civil marcada por muitos anos de marginalização e um Estado apropriado pelos interesses privados que ditavam a ordem política e econômica até então. Na euforia - saudável euforia - de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um amplo exercício de

participação popular. Neste sentido, é inegável o seu caráter democrático.

Contudo, salienta o ilustre professor carioca, é justamente no caráter democrático em que se pautou o nascimento da Constituição de 1988 - urdida em um processo de amplo debate, que mobilizou a atenção de grande parte da sociedade - que reside o seu maior paradoxo; pois, no afã de contemplar “uma vasta mistura de interesses legítimos de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, corporativos, ambições pessoais, etc” obteve-se um produto final “(...) heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos.”<sup>55</sup>

O resultado do embate democrático de forças tão antagônicas quanto o capital e o trabalho, foi a produção de um texto dialético, onde se procurou encontrar o equilíbrio possível entre interesses tão díspares. Assim, parece compreensível que não haja na Constituição o predomínio *absoluto* de uma *única* tendência política,<sup>56</sup> uma vez que o seu texto decorre de um “compromisso” firmado entre interesses muitas vezes opostos. Disto resulta a sua natureza *compromissória*.<sup>57</sup>

Seguramente, tais dificuldades estão a desafiar um maior esforço interpretativo; contudo, esse antagonismo estrutural que se verifica no bojo da Constituição é também fruto da própria evolução que vem sendo perpetrada a partir da superação do velho paradigma liberal em prol de um projeto superior, de caráter humanizante, emancipatório e dignificante da pessoa humana, que é o Estado Social do bem-estar preconizado pela Constituição Federal de 1988.

É bom que se diga que não há neste mote qualquer contradição. Com efeito, o simples reconhecimento de que o modelo econômico adotado pela Constituição traduz um certo grau de “hibridismo”, resultado direto de sua natureza compromissória, não desautoriza a inferência de que a Constituição Federal de 1988 assumiu, em suas linhas gerais, uma postura ideológica definida, que guarda consonância com o Estado Social - ao qual deve se subsumir o Estado de Direito.<sup>58</sup>

Esta opção por um modelo intervencionista, orientado para a busca do bem-estar social, encontra-se vazada de forma inequívoca ao longo de todo o texto constitucional. É o que se depreende desde a leitura de seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir 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, *fundada na harmonia social* e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgados, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL.  
(destaques nossos)

O preâmbulo constitucional apresenta-se como uma espécie de documento de intenções da Constituição que lhe corresponde. Em seu bojo, restam enunciadas, em linhas gerais, as grandes diretrizes filosóficas, políticas e ideológicas da ordem constitucional em apreço. E, muito embora não faça parte do texto constitucional propriamente dito, não contendo normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o fato é que sua relevância jurídica enquanto “elemento de integração e interpretação dos diversos artigos que lhe seguem” afigura-se incontestável, porquanto em seu teor estão vazados os grandes objetivos, finalidades e justificativas da nova ordem constitucional que se inaugura.<sup>59</sup>

A breve digressão de que nos ocupávamos até o momento justifica-se perfeitamente. Com efeito, presta-se a demonstrar que a *Constituição-Cidadã* - na expressão cunhada por Ulysses Guimarães - foi engendrada, desde as suas raízes, tendo como alicerce de sua estrutura política, econômica e ideológica, as bases de um Estado do Bem-estar Social.

Com efeito, não é sem razão que desde o seu preâmbulo, estão anunciados como valores paradigmáticos da nova ordem constitucional o “bem-estar” e a “igualdade”,<sup>60</sup> valores estes, a serem cultivados por uma “sociedade fraterna”, “fundada na harmonia social”.

Por seu turno, o art.3º da CF-88 oferece os pressupostos necessários a qualquer exegese que se proponha a desvendar o núcleo identitário da Constituição, ao informar as *diretrizes*<sup>61</sup> a cuja consecução está adstrito o Estado brasileiro:

Art.3º - (...)

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Este entendimento é amplamente corroborado pelo disposto no *caput* do art.170, c/c o art.193; restando ali consignado que: (i) a ordem econômica tem seu fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa,<sup>63</sup> e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os dita-

mes da justiça social; (ii) e a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Some-se a estas ponderações, o destaque auferido pelos denominados direitos de segunda dimensão, tendo em vista o alargamento e o maior grau de concretização conferidos pela Constituição de 1988 ao catálogo de direitos fundamentais de cunho social, econômico e cultural.

A esse respeito, cumpre salientar que, se de um lado, a Constituição impôs ao Estado a realização de múltiplas tarefas; por outro lado, atribuiu-lhe igualmente o poder-dever de intervir junto à sociedade buscando o cumprimento destas pautas, através de variados mecanismos, os quais podem ser assim ilustrados:

- (i) Planejamento do desenvolvimento econômico - art.174, § 1<sup>o</sup>
- (ii) Incentivo (Fomento Público) - CF, art.174.
- (iii) Repressão ao abuso do poder econômico - CF, 173 § 4<sup>o</sup>
- (iv) Exploração direta da atividade econômica - CF, art. 173.<sup>64</sup>

Assim, em apertada síntese, é possível inferir que a Constituição de 1988: (i) refere, desde o seu preâmbulo, que os direitos sociais, a igualdade e a justiça constituem-se em objetivos permanentes do Estado; (ii) comunica a instituição de um Estado Democrático de Direito; (iii) consagra um extenso rol de direitos sociais, econômicos e culturais, cuja abrangência e intensidade não encontram precedentes na história do constitucionalismo nacional.

De todo o exposto, reputa-se que o *ethos* constitucional (em sede de direito pátrio) é tributário de uma orientação social-democrática, cujo *telos* não pode ser outro, a não ser, o da realização da justiça social, por meio da conformação da sociedade, através da imposição de fins e tarefas aos poderes públicos; bem como, através da consagração de direitos fundamentais sociais, notadamente, os de natureza positiva, ou seja, direitos *através* do Estado.

Todas estas considerações conduzem a um juízo seguro de que a “identidade” através da qual se revela a Constituição não pode prescindir dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, sob pena de restar desfigurado o núcleo de suas *decisões políticas fundamentais* - o que autoriza a conclusão de que tais direitos constituem-se em limites materiais implícitos ao Poder Reformador.<sup>65</sup>

#### 4.3.2 Os direitos sociais e a proibição de retrocesso social

Uma vez que se reconheça aos direitos sociais, econômicos e culturais a indeclinável posição de limites materiais implícitos frente ao poder constituinte reformador; cumpre reconhecer também, por via de consequência,

que não será admitida *sequer* a propositura de emenda tendente a abolir os seus conteúdos essenciais; sujeitando-se qualquer investida neste sentido ao inafastável controle de constitucionalidade.

A esta altura da exposição, convém deixar claro que - em decorrência do Princípio da Inalterabilidade da Identidade Constitucional - os direitos sociais, econômicos e culturais constituem-se em limites materiais implícitos, insuscetíveis de reforma pelo Poder Constituinte Derivado em seu núcleo essencial, *mesmo antes da intervenção legislativa concretizadora de seu conteúdo*.

Após a mediação concretizadora destes direitos (em se tratando de direitos positivados através de normas programáticas), este regime jurídico de proteção reforçada (intangibilidade) passa a abranger até mesmo as normas infraconstitucionais criadas para integrar e densificar as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais. Em outras palavras: a cláusula de intangibilidade dos direitos fundamentais sociais - tal como previstos na Constituição - estende o seu âmbito de proteção até as normas infraconstitucionais concretizadoras destes direitos (diz-se “normas apenas materialmente constitucionais”).

Esta tese - propugnada na doutrina alienígena por CANOTILHO, e recepcionada, entre nós, por Ingo SARLET - diz respeito ao denominado “Princípio da Vedação do Retrocesso Social”, ou ainda, “Cláusula de Proibição do Retrocesso Social”, cujos principais postulados se buscará elucidar:

Retomando-se em parte as questões levantadas no tópico precedente, importa relembrar que a maior parte da doutrina converge no sentido de que os *direitos derivados a prestações* constituem-se em *direitos subjetivos*. Por sua vez, isto implica em dizer que, à medida que o Estado vai concretizando as *normas-tarefa* e *normas-fim* que a Constituição lhe impôs, através da criação de normas infraconstitucionais que regulamentam (densificam) o seu conteúdo; aos cidadãos passa a ser assegurada uma participação em igual quota-parte nas prestações estatais, segundo a medida dos recursos existentes.

Pois bem. De acordo com o Princípio da Vedação do Retrocesso Social, esses direitos derivados a prestações, na medida “em que constituem a densificação dos direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de <<guarda de flanco>> (J. P. Müller) desses direitos, garantindo o grau de concretização já obtido.” E como se tratam de direitos subjetivos, são portanto, justiciáveis, dispendo os cidadãos, a quem se destinam estes direitos, da faculdade de exigir em juízo a manutenção do mesmo nível de realização que por ventura já tenha sido alcançado - impedindo-se ao legislador que os houver concretizado, de *retornar sobre seus passos*, legislando posteriormente no sentido de eliminá-los.<sup>66</sup>

Neste sentido, cita CANOTILHO em sua consagradíssima obra *Direito Constitucional* um aresto jurisprudencial que encampou esta tese em Portugal nos seguintes termos:

A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.<sup>67</sup>

Não se pode descurar, entretanto, que a tese postulada pelo Princípio da Vedação do Retrocesso Social está ainda longe de angariar um consenso doutrinário em torno de si, destacando CANOTILHO os nomes de J. Paul Müller, Konrad Hesse e Jorge Miranda a seu favor; bem como, em sentido contrário, Vieira de Andrade e Baptista Coelho.<sup>68</sup>

Para Manuel Afonso Vaz, o princípio da vedação do retrocesso social conflitua com o princípio da autonomia do legislador, na medida em que converte o grau de realização legislativa de um direito social em dimensão constitucional material, contrariando até mesmo a vontade do legislador (infraconstitucional).<sup>69</sup>

Mas, para autores como CANOTILHO, que não vêem na Constituição um código exaustivo e completo, e sim um instrumento formal fragmentário e, em certos domínios, aberto, é possível admitir que nem toda a matéria constitucional esteja vazada dentro dos quadrantes da Constituição.<sup>70</sup>

Pois bem. A partir do reconhecimento da existência de *normas materialmente constitucionais*, que, no entanto, não encontram assento no texto constitucional, é possível compreender que o legislador esteja vinculado ao seu teor, devendo conformar sua vontade a estes preceitos, sem que isto esteja a ferir a sua autonomia.

Uma outra objeção que se levanta - não sem certa pertinência - ao princípio da proibição do retrocesso social é a que diz respeito à dicotomia estrutural existente entre “rigidez” e “flexibilidade”, ou entre “mudança” e “permanência”. Tratam-se de antinomias que só vêm tensionar ainda mais a dualidade existente entre “Constituição normativa” e “realidade constitucional”.

Convém ponderar, entretanto, que estas problematizações estarão sempre presentes em qualquer sociedade, independentemente da Constituição que lhe governa; estando sempre, portanto, a desafiar soluções conciliatórias. Assim, o mero reconhecimento destas dificuldades não autoriza a concluir que o Princípio da Vedação do Retrocesso Social tem por escopo “atrasar” o curso naturalmente fluido das realidades fáticas subjacentes ao direito constitucional. O que se pretende, na verdade, é impactar normativamente sobre estas mesmas realidades, de forma a lhe imprimir uma racionalidade comprometida com a emancipação do homem e com a garantia das condições materiais mínimas existenciais por ele já conquistados.<sup>71</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as questões suscitadas neste trabalho têm como pano de fundo um paradoxo espinhoso: como é possível pensar a proteção de certos conteúdos da Constituição vocacionados para a imutabilidade, quando se vive em um mundo em contínua mutação, que sofre transformações cada vez mais profundas, em um espaço cada vez menor de tempo, ocasionando rupturas paradigmáticas de ordem econômica, política e social?

Fora de dúvida que o ritmo frenético em que estas evoluções se configuram no cenário nacional, e mesmo mundial, longe de contribuir, dificulta e obscurece ainda mais a possibilidade de lucidez no refletir das coisas, não havendo espaço para a reflexão consciente do que há de bom ou de perverso nos novos axiomas e paradigmas.

Assim, tal como Sísifo, que fora condenado pelos deuses mitológicos a rolar incessantemente uma pedra até o topo de uma montanha, apenas para vê-la rolar montanha abaixo, o *sentimento constitucional* do povo brasileiro é de frustração e impotência, ao deparar-se com os desvarios reformistas de maiorias congressuais de ocasião, que vêm sistemática e incessantemente fazendo desmoronar conquistas que foram urdidadas no bojo das lutas sociais, no decorrer de um longo processo histórico.

A Constituição é vilipendiada.

Sísifo, calado, cumpre a sua sina.

Rolam as pedras.

É assim que tem que ser.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: ed. Almedina, ano?

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: RT, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992.

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

BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRAGA, Valeschka e Silva. *O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e a função de revelar e garantir a identidade da Constituição. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.) *In: Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1995.

CANOTILHO, *Direito Constitucional*. Coimbra: ed. Almedina, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. 1992. (Tese de Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo).

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Ed. Juruá, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da Revisão; Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade. Possibilidade Jurídica de sua Superação. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, Rio Grande do Sul, n° 60, p. 250, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: ed. Atlas, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n° 120, p.159, 1993.

\_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1994.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: ed. Livraria Progresso, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1927.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e Reserva da Lei*. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1992.

<sup>1</sup> Não custa repisar que a constituição *flexível* é aquela cujas normas se distinguem das demais leis somente em virtude da matéria que regulam, e não em função de uma posição hierárquica superior, podendo, assim, ser modificadas a qualquer momento pelo mesmo procedimento que as leis comuns. Inversamente, a constituição *rígida* se caracteriza pela posição de supremacia que ocupa em face das normas infraconstitucionais, exigindo, para a sua modificação, a observância de procedimentos agravados. Cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional*. Coimbra: ed. Almedina, 1991, p.151, referenciando-se nas lições de J. Bryce.

<sup>2</sup> Para maiores aprofundamentos, cf. BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.158 e ss.

<sup>3</sup> De acordo com a Constituição, *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.* (§ 4º do art. 60 da CF-88)

<sup>4</sup> Poder constituinte originário “é aquele que põe em vigor, cria, ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional. Com efeito, por ocuparem estas o topo da ordenação jurídica, a sua criação suscita caminhos próprios, uma vez que os normais da formação do direito, quais sejam, aqueles ditados pela própria ordem jurídica, não são utilizáveis quando se trata de elaborar a própria constituição.” Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992, p.19.

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, p.59.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: ed. Malheiros, 2000, p.173-4.

<sup>7</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p.174.

<sup>8</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.350.

<sup>10</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p.151.

<sup>11</sup> Cf. CANOTILHO, *op. cit.*, p.151-152, o *direito constitucional aberto ao tempo* é “aquele cuja constituição contém uma regulamentação deliberadamente incompleta (<<sistema lacunoso>>, <<constituição não é codificação>>), de modo a permitir e garantir um espaço de liberdade para o antagonismo, compromisso e consenso pluralísticos.”

<sup>12</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.152.

<sup>13</sup> Ou, como prefere CANOTILHO: *capacidade de aprendizagem* das normas constitucionais com a realidade fática à qual se destinam.

<sup>14</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.350.

<sup>15</sup> Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 401 e ss.

<sup>16</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 543-544.

<sup>18</sup> Cf. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 136-137.

<sup>19</sup> Os exemplos primorosos foram trazidos à colação por CANOTILHO, *op. cit.*, p. 548-549 e BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, p. 138-139.

<sup>20</sup> Cf. ALEXY, Robert, *op. cit.*, p.189 e ss.

<sup>21</sup> *Idem, ibidem*, p.194 e ss.

<sup>22</sup> BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, p.140.

<sup>23</sup> Cf. ALEXY, *op. cit.*, p.210 e ss.

- <sup>24</sup> É possível, por exemplo, escolher entre ter *ou* não, uma religião; fazer *ou* não, parte de uma associação, etc.
- <sup>25</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.550.
- <sup>26</sup> Cf. CANOTILHO, *op. cit.*, p.550-551 e BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, p. 142-143.
- <sup>27</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.552.
- <sup>28</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.553.
- <sup>29</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo:RT, 1999.
- <sup>30</sup> SARLET, Ingo, *op. cit.*, p.359 e ss.
- <sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p.177.
- <sup>32</sup> Cf. BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e a função de revelar e garantir a identidade da Constituição. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.) *In: Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1995, p.183-185.
- <sup>33</sup> Não é necessária a *aprovação* de emenda violadora da Constituição para dar ensejo ao controle de constitucionalidade, sendo bastante para isso a sua mera *discussão*.
- <sup>34</sup> Cf. BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p.186.
- <sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p.349.
- <sup>36</sup> Até por uma exigência de lógica normativa, já lecionava Sieyès que o órgão delegado não pode alterar por conta própria os limites de sua delegação. Cf. BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 189.
- <sup>37</sup> Cf. SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: ed. Livraria Progresso, 1954, p.93 e ss.
- <sup>38</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da Revisão; Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade. Possibilidade Jurídica de sua Superação. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, Rio Grande do Sul, n° 60, p. 250, 1994.
- <sup>39</sup> Cf. AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 2000, p.185 e ss.
- <sup>40</sup> SARLET, Ingo. *op. cit.*, p. 357.
- <sup>41</sup> *Idem, ibidem*, p.358.
- <sup>42</sup> Para maiores aprofundamentos, vide BRAGA, Valeschka e Silva. *O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.
- <sup>43</sup> Para maiores aprofundamentos, ver, por todos: ANDRADE, José Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: ed. Almedina, p.215 e ss.; e LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 2001, p.167 e ss.
- <sup>44</sup> Cf. SARLET, *op. cit.*, p. 352. Este entendimento é adotado, dentre outros, por ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao poder de reforma constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, n° 120, p.159, 1993.
- <sup>45</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1927.
- <sup>46</sup> Para maiores aprofundamentos sobre o Princípio da Identidade Constitucional, ver, dentre outros: BRITO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 175 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da Revisão: Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade - Possibilidade Jurídica de sua Superação. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n° 60, p. 249, 1994; SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.108 e ss. e SARLET, Ingo, *op. cit.*, p.349 e ss.
- <sup>47</sup> Confira-se BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2001, p.10.
- <sup>48</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. 1992. (Tese de Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo), p.33.

<sup>49</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>50</sup> Cf. art.6º da CF-88.

<sup>51</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin, *op. cit.*, p.32.

<sup>52</sup> Cf., por todos, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1994, p.72-73.

<sup>53</sup> Referindo-se às dificuldades de se conciliar os ditames do Estado de Direito aos do Estado Social, assevera o Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève, *op. cit.*, p.33, que “Cabe ao direito constitucional encontrar artérias possibilitadoras dessa difícil, mas não impossível, convivência.”.

<sup>54</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2001, p.11.

<sup>55</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>56</sup> Repise-se: embora não se verifique o predomínio *absoluto* de uma tendência política, há, em nosso sentir, o predomínio *relativo* dos postulados sociais do *Welfare State* sobre os axiomas liberais do Estado de Direito clássico.

<sup>57</sup> Esta tese é esposada por CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. *Apud* BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p.11.

<sup>58</sup> Em sentido divergente : Geraldo Vidigal; Miguel Reale; Washington Peluso Albino de Souza e Tércio Sampaio Ferraz Júnior *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 201-210.

<sup>59</sup> Cf. a lição de MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: ed. Atlas, 1997, p.40.

<sup>60</sup> Ao lado do desenvolvimento, da justiça, da liberdade e da segurança.

<sup>61</sup> Ronald Dworkin se utiliza da expressão “diretrizes” para designar aquelas pautas que estabelecem objetivos de caráter econômico, social ou político, cuja implementação deve condicionar a atuação estatal - segundo leciona GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.84.

<sup>62</sup> A não-consecução de seus fins precípuos pelo Estado brasileiro de forma sistemática vem acarretando um processo de *erosão* da própria normatividade constitucional (na expressão cunhada por Ingo Sarlet) e que redunde, em última instância, no que Marcelo Neves chamou de *constitucionalização simbólica*.

<sup>63</sup> Perceba-se a significativa precedência de ordem do valor trabalho, frente ao valor da liberdade de iniciativa, ressaltando-se que a mesma precedência se repete no inciso IV do art.1º da CF-88.

<sup>64</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela *apud* DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Ed. Juruá, 2000.

<sup>65</sup> Cf. a caracterização dos elementos estruturais do Estado Social, sob o ponto de vista de CANOTILHO, *op. cit.*, p.77-78.

<sup>66</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 552-553.

<sup>67</sup> *Idem, ibidem*, p.553. Cf. Acórdão do TC nº 39/84, que declarou inconstitucional o DL n.254/82, que revogara grande parte da Lei n.56/79, criadora do Serviço Nacional de Saúde.

<sup>68</sup> *Idem, ibidem*, p.554.

<sup>69</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Lei e Reserva da Lei*. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1992, p.383-386.

<sup>70</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.70-71.

<sup>71</sup> Além do mais, o temor de uma eventual “petrificação” ou “engessamento” da matéria constitucional em virtude da vedação do retrocesso social pode ser relativizado, em boa medida, pelo fato de que, na verdade, o que se postula, é a manutenção do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais.

## SÍSIFO AT THE IMPONDERABLE LIMIT OR SOCIAL RIGHTS AS LIMITS TO THE REMODELING POWER

### ABSTRACT

The objective of this work is the study of the following hypothesis: do the fundamental social rights constitute material limits to the remodeling power? The aim is to develop an answer to this question through the analyses of the constituent power, the constitution itself and the fundamental rights. The conclusion points out the intangibility of the social rights, regarding that its abolition implies a flagrant social step backwards as well as a violation of the constitutional identity.

### KEYWORDS

Social Rights. Material Limits. Remodeling Power. Intangibility. Constitutional Identity.

## SÍSIFO À LA LIMITE DE L'IMPONDÉRABLE OU DES DROITS SOCIAUX COMME DES LIMITES AU POUVOIR REFORMATEUR

### RÉSUMÉ

L'objectif de ce travail c'est de savoir si les droits fondamentaux sociaux constituent des limites matérielles au pouvoir constituant réformateur. Le but est de développer une réponse à une telle question travers les analyses du Pouvoir constituant, de la Constitution elle-même et des droits fondamentaux. La conclusion signale l'intangibilité des droits sociaux, concernant que son abolition implique un retour en arrière aussi bien qu'une violation de l'identité constitutionnelle.

### MOTS-CLÉS

Droits sociaux. Limites matérielles. Pouvoir Réformateur. Intangibilité. Identité constitutionnelle. Retour en arrière.

# PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E O DIREITO DO TRABALHO

Fernando Basto Ferraz\*

## RESUMO

O princípio da igualdade perante a lei por muito tempo foi identificado como garantidor da concretização da liberdade. Aos poucos se percebeu que para tal fim não bastava apenas a igualdade formal perante a lei. Era necessária a igualdade na própria lei. Embora previsto constitucionalmente em nosso país desde a Constituição Política do Império (1824), a igualdade formal passou a ser também material somente através da Carta Magna de 1988 (*caput* do art. 5º), constituindo-se como um dos direitos fundamentais, protegidos como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV). Sua importância se acentua diante do questionamento suscitado quanto à constitucionalidade, ou não, das normas trabalhistas flexibilizadas em curso no Brasil.

## PALAVRAS-CHAVE

Princípio constitucional. Igualdade. Liberdade. Direito fundamental. Direito do Trabalho. Flexibilização.

No Brasil, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”. É o que diz o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Os direitos e garantias fundamentais, previstos nos artigos 5º a 17 da nossa Carta Magna, têm, nas normas que os definem, aplicação imediata (art. 5º, LXXVII).

As alterações que estão ocorrendo na legislação trabalhista brasileira, sob a ótica da flexibilização, atendem às exigências da globalização e, sobretudo, aos ideais políticos preconizados pelo neoliberalismo.

Cabe-nos averiguar se tais mudanças afetam ou não as normas trabalhistas previstas no artigo 7º da Carta Magna, por serem estes direitos fundamentais protegidos como cláusulas pétreas pelo art. 60 da Constituição de 1988.

---

\* Doutor em Direito (Direito das Relações Sociais) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Professor da Faculdade Christus.

Haverá, ainda, compatibilidade dessas normas trabalhistas flexibilizadas com o princípio da igualdade também resguardado constitucionalmente como cláusula pétrea, uma vez que não poderá ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a aboli-lo (CF/88, art. 6º, § 4º)?

Será, enfim, possível, flexibilizarem-se, adaptarem-se as normas trabalhistas em vigor no Brasil, sem que estas alterações inviabilizem os princípios constitucionais em vigor e nem desestimulem mais ainda a relação de emprego?

Slaibi Filho observa que

o art. 60, § 4º diz que é vedada a emenda 'tendente a abolir...', o que significa proibição da extinção dos princípios ali inscritos, mas não induz à vedação de alterações de menor intensidade (...). O que deve ser investigado é a intensidade da alteração, que não pode alcançar a essência do instituto, de forma a descaracterizá-lo.

Convém ressaltar que toda modificação constitucional, como acentua José Afonso da Silva, que despreitar

[...] o procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum, etc.) de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias.<sup>2</sup>

Atualmente, no Brasil, várias alterações da Constituição Federal de 1988 estão ocorrendo através de emendas constitucionais.<sup>3</sup>

As mudanças são tamanhas, a ponto de Comparato afirmar que

a Constituição de 1988 não está mais em vigor... Ela continua a existir materialmente, seus exemplares podem ser adquiridos nas livrarias (na seção das obras de ficção, naturalmente), suas disposições são invocadas pelos profissionais do Direito no característico estilo 'boca de foro'. Mas é um corpo sem alma.<sup>4</sup>

Ao cidadão, ao homem simples deste país continental, concentrador da riqueza na mão de poucos, não parece haver compromisso em informá-lo, de maneira clara, didática, de ser ele parte integrante do povo brasileiro, detentor de todo o poder, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição Federal de 1988, em vigor (parágrafo único do art. 1º).

Neste sentido, não há interesse dos representantes eleitos pelo povo sobre a distinção traçada por Carl Schmitt entre o Poder Constituinte e o Legislador Constituinte. Aquele, também chamado de Poder Constituinte Originário, é constituído através de uma Assembléia Constituinte para discutir e aprovar uma nova Carta Magna em situações excepcionais, quando há uma ruptura, uma revolução que torna sem eficácia as normas até então em vigor. Em função disso, tal poder costuma ser incondicionado, autônomo, ilimitado.

Já o Poder Constituinte Reformador, ou Legislador Constituinte é um poder juridicamente limitado, condicionado e sujeito às restrições previstas pela vontade expressa do Poder Constituinte Originário determinado na Constituição por este aprovada, seja através da promulgação ou outorga.

Neste sentido,

é justamente a existência de normas limitativas da reforma constitucional que demonstra o fato de que mesmo após a entrada em vigor da Constituição o Poder Constituinte Originário continua a se fazer presente, já que, ao contrário, poderia vir a depender do Legislador Constituinte.

Portanto, ao proceder à reforma da Constituição por meio das Emendas Constitucionais, o titular do poder constituinte derivado não dispõe de liberdade irrestrita de modificá-la, uma vez que se encontra

[...] sujeito a um sistema de limitações que objetiva não apenas a manutenção da identidade da Constituição, mas também, a preservação da sua posição hierárquica decorrente de sua supremacia no âmbito da ordem jurídica, de modo especial para evitar a elaboração de uma nova Constituição pela via da reforma constitucional.

Diz o artigo 16 da Declaração de 1789 que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos (fundamentais) nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

A crise atual da idéia de igualdade nos é lembrada por Colliard:

On a pu constater depuis quelques années une crise très grave du principe d'égalité. La belle formule de l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789: 'La li est la même pour tous, soit qu'elle protege, soit qu'elle punisse' n'est plus aujourd'hui respectée.

Cette violation a été d'abord dénoncée par certains auteurs civilistes (Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936; Louis Josserand, *Sur la reconstruction d'un droit de classe*, D. H. 1937, Chr., p. 1) qui ont imprimé à la

règle de l'égalité civile un sens littéral qu'elle n'avait pas dans la Déclaration de 1789 et semblent avoir été plus particulièrement soucieux et légalisme.

On ne peut considerer en effet comme un dangereux abandon du principe d'égalité certaines dispositions legislatives modernes tendant à corriger les inégalités de fait en abandonnant des regles d'égalité apparente. Les principes démocratiques qui ont amené à favoriser lês petits commerçantes, lês petits propriétaires, lês artisans et à pénaliser au contraire lês grandes sociétés, lês grands propriétaires ne sont pas la violation mais l'application, pardéla une interprétation étroite et littérale, du véritable principe d'égalité. Il en va de même en matière fiscale. La substitution à l'égalité proportionnelle (art. 13 de la Déclaration de 1789) des charges publiques d'une notion d'impôt progressif demeure une manifestation véritable du principe d'égalité. Il en va de même avec le système dit de discrimination, en honneur jusqu'au décret de réforme fiscale du 9 décembre 1948 et aboutissant à taxer les revenus suivant des taux différents en raison de leur source: les revenus du travail bénéficiant d'un régime de faveur .

Acrescenta, ainda, afirmando que

considere comme une règle de droit le principe d'égalité se presente également sous deux traits. Il est um principe d'expression constitutionnelle, il est aussi um principe general du droit.

L'égalité est um principe fondamental, Ceci apparaît à um doublé point de vue: la solennité de la proclamation, la base que l'égalité fournit aux diverses libertes publiques.

Sendo o Estado de Direito um Estado Constitucional, conforme acentua Ferreira Filho<sup>9</sup>, “a Constituição é a lei do Poder, que há de comandar segundo as formas que ela prescrever, nos limites que ela admitir”. A Constituição obriga os poderes constituídos. Ela não obriga o poder Constituinte.

Haverá de ter um significado especial o fato do constituinte originário ter distinguido o princípio da igualdade no próprio *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, uma vez que outros princípios e garantias constitucionais neste não se encontram.

Convém de já seja estabelecida distinção entre igualdade formal e igualdade material, para que melhor se compreenda qual desses princípios vem sendo contemplados pelas constituições brasileiras.

Igualdade formal constitui igualdade perante a lei. Igualdade material significa igualdade na lei. Entre ambas há uma enorme distância. Gomes observa que o conceito de igualdade material ou substancial recomenda

que se levem na devida conta as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações desiguais ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte dos aplicadores da norma jurídica à variedade das situações individuais, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

Por muito tempo o princípio da igualdade perante a lei era identificado como garantidor da concretização da liberdade.

Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional. A experiência mostrou, contudo, que tal como construída, à luz da cartilha liberal oitocentista, a igualdade jurídica nada mais era do que uma mera ficção.<sup>11</sup>

Gradativamente, o princípio geral da igualdade perante a lei passou a ser questionado. Já não importava se considerar apenas o indivíduo genérico e abstrato, mas o indivíduo ‘especificado’, considerando-se aspectos relativos ao gênero, idade, etnia, raça, etc. Este ‘indivíduo especificado’ será o alvo nas novas políticas sociais, que, na expressão de Gomes,<sup>12</sup> nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, a que se dá a denominação de “ação afirmativa” ou, na terminologia do direito europeu, de “discriminação positiva”.

A mais completa noção acerca do enquadramento jurídico-doutrinário das ações afirmativas, segundo Joaquim B. Barbosa Gomes, coube à professora Carmen Lúcia Antunes Rocha, que as classificando corretamente como a mais avançada tentativa de concretização do princípio jurídico da igualdade, afirma com propriedade que

a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas às minorias.<sup>13</sup>

Essa engenhosa criação jurídico-político-social refletiria ainda, segundo a autora, uma “mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático do pós-guerra” que teriam se conscientizado da necessidade de uma

transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais. Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade. Na esteira desse pensamento, pois, é que a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados.

E prossegue a ilustre autora:

O conteúdo, de origem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam – sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica – encontrou uma nova interpretação no acolhimento jurisprudencial concernente à ação afirmativa. Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para e realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje.

Acrescenta, ainda, que

em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa,

por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política.<sup>14</sup>

Gomes nos dá conta, ainda, da *Teoria do Impacto Desproporcional*, apontando-a como

a grande inovação do Direito norte-americano no que diz respeito à concretização do princípio da Igualdade. Nos termos dessa teoria, em vez da busca da igualdade através da trivial coibição do tratamento discriminatório, cumpre combater a ‘discriminação indireta’, ou seja, aquela que redunde em uma desigualdade não oriunda de atos concretos ou de manifestação expressa de discriminação por parte de quem quer que seja, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório. Para um conjunto significativo de intérpretes e pensadores do Direito dos EUA, a discriminação por ‘impacto desproporcional’ seria a forma mais perversa de discriminação, eis que dissimulada, quase invisível, raramente abordada pelos Compêndios de Direito, voltados em sua maioria ao tratamento do amorfo conceito de igualdade perante a lei, sem levar na devida conta o fato de que muitas vezes a desigualdade advém da própria lei, do impacto desproporcional que os seus comandos normativos pode ter sobre certas pessoas ou grupos sociais.<sup>15</sup>

Miranda entende que “igualdade perante a lei não é igualdade exterior à lei. É antes de tudo, igualdade na lei. Tem por destinatários, desde logo, os próprios órgãos de criação do Direito”.<sup>16</sup> Borges esclarece que a igualdade material “somente existe quando a lei prescreve, ela própria, um tratamento igualitário. Será a igualdade, em tais condições, matéria do ato legislativo”. Para ele, a igualdade prevista no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 não é só diante da lei, quando afirma: “sem distinção de qualquer natureza”. A lei, portanto, deve incluir esta expressão no princípio da igualdade “como um conteúdo seu, um componente material e pessoal do seu âmbito de validade normativa”.<sup>17</sup> Neste sentido, posiciona-se Grau, para quem

o texto constitucional, em seu artigo 5º, *caput*, consagra o princípio da igualdade, aí, não apenas em termos formais, mas também em termos materiais. O que postula, expressamente, é o

entendimento segundo o qual tão-só a igualdade perante a lei pouco ou nada significa.

Ser igual perante a lei não significa, conforme acentua Canotilho, “apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos”. Acrescenta afirmando que

o princípio da igualdade é não apenas um princípio de Estado de direito, mas também, um princípio de Estado social. Esta igualdade conexas-se, por um lado, com uma política de ‘justiça social’ e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria idéia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana).

Já que o direito ao trabalho constitui um dos direitos sociais, para assegurar o direito ao trabalho, o Estado Democrático brasileiro “lastreia sua ação social, entre outros, no valor supremo da igualdade”<sup>20</sup>. Além de ser um direito fundamental, previsto no artigo 5º da Constituição de 1988, a igualdade é também “um critério orientador na aplicação dos direitos fundamentais”<sup>21</sup>. O princípio da isonomia está presente nas Constituições brasileiras desde a Carta Imperial de 1824, com algumas mudanças de redação, sem alterar o seu conteúdo, conforme discriminação abaixo:

a) Constituição Política do Império (de 25 de Março de 1824)

TÍTULO VIII

Das disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros

Art. 179 – A inviolabilidade dos direitos cíveis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

(...)

§ 13. – *A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.*

§ 14. – Todo o cidadão pode ser admitido aos cargos públicos cíveis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes.

§ 15. – Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

§ 16. – Ficam abolidos todos os privilégios que não forem essenciais e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública.

§ 17. – À exceção das causas que por sua natureza pertençam a Juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou criminais. (Grifo nosso).

- b) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

[...]

§ 2º. Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, não cria títulos de fidalguia, nem condecorações.

- c) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Junho de 1934:

## CAPÍTULO II

### Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distorções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas (grifo nosso).

- d) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de Novembro de 1937:

## DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Art. 122. – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

Todos são iguais perante a lei. (Grifo nosso).

e) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei (Grifo nosso).

f) Constituição do Brasil de 1967, de 24 de Janeiro de 1967:

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei. (grifo nosso).

g) Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969:

Emendou a Constituição de 24/1/1967, mantendo inalterado o conteúdo do artigo 150, *caput*, e seu § 1º, que, no entanto, passaram a responder pelo artigo 153, *caput*, e § 1º (nova redação, sem alterar seu conteúdo, foi dada ao final do § 1º: será punido pela lei o preconceito de raça).

h) Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988:

Na expressão de Borges, a Constituição Federativa de 1988 estrutura a isonomia de modo complexo:

- 1º. – como um direito à reta aplicação da lei (princípio formal);
- 2º. – como um princípio cujo conteúdo é amplo e até inexceptuável, pela vedação de distinções de qualquer natureza (princípio material e pessoal);
- 3º. – porque ela regula também os meios assecuratórios desse direito (a lei e outros atos normativos), como as sentenças judiciais.

José Afonso da Silva afirma que “as Constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: igualdade perante a lei. A Constituição de 1988 a prevê no artigo 5º, *caput*, e inciso I; artigo 7º, incisos XXX e XXXI; artigo 3º, incisos III e IV; artigos 170, 193, 196 e 205”.<sup>23</sup>

Artigo 5<sup>o</sup>. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Artigo 7<sup>o</sup>. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:  
XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Artigo 3<sup>o</sup>. – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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

(...)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único – É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Artigo 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Artigo 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Diante dos dispositivos constitucionais acima invocados, desde a Constituição do Império de 1824, que delimitam a presença hegemônica do princípio da igualdade formal no ordenamento jurídico brasileiro, resta-nos, ainda a indagação: afinal, a flexibilização das normas trabalhistas fere os direitos sociais e o princípio da igualdade previstos como direitos fundamentais, protegidos como cláusulas pétreas pela Constituição de 1988? Qual o significado da expressão “direitos sociais”? A partir de qual constituição brasileira o princípio da igualdade (formal) passou a proteger os direitos sociais? O que justifica o poder constituinte originário ter mantido o princípio da igualdade que vigorou no período do arbítrio no Brasil (constituições de 1937 e de 1967/69)? Afinal, a igualdade não constitui “o signo fundamental da democracia?”<sup>24</sup>

Pontes de Miranda<sup>25</sup> esclarece que a expressão “direitos sociais” aparecera durante a Revolução Francesa, e incluía-se no projeto de Declaração de Direitos, que Romme apresentou à Convenção, a 17 de abril de 1793. A razão estaria, é de crer-se, em serem positivos, isto é, exigirem prestação positiva da sociedade ou do Estado, em vez de serem negativos, como os direitos-liberdades (liberdade física, liberdade de ensino, liberdade de trabalho, etc.). Isso, só por si, justificaria a distinção; não, porém, o adjetivo “sociais”. Os outros, se bem que negativos, havemos de reconhecer que também são sociais.

De fato, a expressão *questão social*, conforme observa Nascimento,

não havia sido formulada antes do século XIX, quando os efeitos do capitalismo e as condições de infra-estrutura se fizeram sentir com muita intensidade, acentuando-se um amplo empobrecimento dos trabalhadores, inclusive dos artesãos, pela insuficiência competitiva em relação à indústria que florescia... Os desníveis entre classes sociais fizeram-se sentir de tal modo que o pensamento humano não relutou em afirmar a existência de uma séria perturbação ou problema social.<sup>26</sup>

Oportunamente, Sampaio Dória, quanto à questão social, lança a seguinte interrogação:

Bastará que a lei fundamental de um país proclame a liberdade e a igualdade, para lhe ser perfeita a organização econômica?" Ele mesmo responde, afirmando que "a 'Questão Social' é de todos os lugares, e de todos os tempos, e só deixará de existir, quando a justiça garantir principalmente aos que vivem do pão de cada dia as condições sociais de igualdade no exercício da liberdade (sic).<sup>27</sup>

Conforme observa Magano, Sampaio Doria, em obra publicada em 1922, preconizava a adoção de regras básicas tendentes a assegurar a paz social, merecendo destaque as seguintes:

- 1.º – o trabalho não se confunde com artigo de comércio, mas, nele, cumpre respeitar-se a dignidade do homem, e o vigor da raça;
- 2.º – a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente, sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública;
- 3.º – fixação do salário mínimo em número máximo de horas, menor que o dia médio de trabalho, de modo que não haja miséria no lar do operário diligente e econômico;
- 4.º – limite máximo do dia de trabalho pela capacidade de resistência individual a critério do trabalhador;
- 5.º – proibição do trabalho aos menores, e limitação do trabalho dos adolescentes, para lhes assegurar o desenvolvimento físico e a educação;
- 6.º – repouso hebdomadário de 24 horas mínimas, abrangendo, sempre que possível, o domingo.
- 7.º – preparação técnica, que, aumentando a renda o trabalho, dê ao operário a consciência e o poder de se bastar a si próprio;
- 8.º – proibição de empresas que não atendam às condições higiênicas nos prédios e nos instrumentos de trabalho;
- 9.º – igualdade de pagamento, sem distinção de sexos ou idades, aos mesmos trabalhos;
- 10.º – responsabilidade do capital pelos acidentes ao trabalho, mediante seguro ou caução obrigatórios.<sup>28</sup>

Até a Proclamação da República, o Brasil viveu sob o regime escravista. Por razão disso, quase ignorava a questão social, uma vez que sua economia era essencialmente agrícola e a mão-de-obra escrava.

O Estado Brasileiro, até então,

cuidou de combater a escravidão, instituiu o trabalho livre e pavimentou o caminho do trabalho assalariado, mas, omitiu-se quanto às condições de trabalho, mínimo remuneratório, dignidade e qualidade de vida do trabalhador, deixando valer a lei da sobrevivência do mais forte e hábil.<sup>29</sup>

A insatisfação social que se desenvolveu durante a República Velha, com revoltas operárias, sob inspiração anarco-sindicalista trazida pelos imigrantes da Europa, contribuiu para que o problema do trabalho constasse como plataforma da Revolução de 1930, fato que acabou por instituir sistematicamente as leis trabalhistas e a própria justiça do trabalho.

Bonavides e Andrade oportunamente nos lembram que “em 1934 demos o grande salto constitucional que nos conduziria ao Estado Social, já efetivado em parte depois da Revolução de 30 por obra de algumas medidas tomadas pela ditadura do Governo Provisório”. Portanto, a Constituição de 16 de Julho de 1934 fundou juridicamente uma forma de Estado Social no Brasil. Em seu artigo 34, afirmava que “a todos cabe o direito de prover à própria subsistência e a de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência”.<sup>30</sup>

Tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País, dizia o artigo 121, *caput*, da Carta de 34, que a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições de trabalho. A legislação do trabalho observará “a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil” (§ 1º, letra “a”). Para efeito do mesmo artigo 121, “não há distinção entre trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos”.

Os princípios constitucionais elencados no artigo 7º, n. I, da Constituição de 1934 que deveriam ser respeitados pelos Estados em sua competência privativa para decretar a Constituição e as leis por que se deviam reger *não* incluíam os direitos sociais, muito menos o princípio da igualdade, conforme prevê o artigo 21.

Segundo Nascimento<sup>31</sup>, a isonomia salarial constitui uma das principais normas de direito individual constantes na Constituição de 1934.

A Constituição de 1937, que instituiu o “Estado Novo” no Brasil, permitiu a sobrevivência dos princípios básicos do constitucionalismo social criado pela Carta de 1934.

Dizia o artigo 136 da Carta de 1937: “O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito à proteção e solicitude especiais do estado”. O artigo 174 não fazia restrições quanto à possibilidade da Constituição vir a ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados.

Já a Constituição de 1946 afirmava:

Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite a existência digna. O trabalho é obrigação social.

Jucá observa que

a Constituição de 1946 prossegue na mesma linha que a de 1934, evoluindo para a fixação da idéia de justiça social, como sendo correção possível das distorções e desequilíbrios na organização econômico-social, compensando as fragilidades dos indivíduos, atacando de frente a questão social, comprometendo o Estado em realização de políticas públicas no sentido de combater o desemprego, e, ... promover e tutelar a dignidade do trabalhador e do trabalho, declarando-o meio de elevação humana e social, ... elevando o trabalho como meio e instrumento de dignidade humana.<sup>32</sup>

Existiam dois princípios na Constituição de 1946: igualdade perante a lei feita e igualdade na lei a se fazer. Ou seja, igualdade formal e igualdade material. Esta posição é defendida por Pontes de Miranda, segundo o qual “o texto começa a enumeração dos direitos fundamentais pelo princípio de isonomia ou princípio de igualdade perante a lei, dito também princípio formal, porque não iguala ‘materialmente’. Todos são iguais perante a lei”<sup>33</sup>. O princípio dirige-se a todos os poderes do Estado. É cogente para a legislatura, para a administração e para a justiça.

A Carta de 1946, na expressão de Ferreira<sup>34</sup>, repetiu de um modo geral “os pontos de vista essenciais existentes na Constituição de 1934. Não aderiu ao socialismo nem tampouco se manteve na linha rígida do individualismo. Inspirou-se na técnica da democracia social weimariana”.

Assim, conforme acentua Floriano Silva,

a social democracia da Constituição de Weimar deixou alguns traços nítidos também na Constituição brasileira de 1946. Em consequência, teria esta de consagrar um título à ordem econômica e social, artigos 145 a 162, aí dedicando pelo menos três artigos, de grande importância, aos direitos dos trabalhadores: artigos 157, 158 e 159.<sup>35</sup>

As inovações e alterações da legislação de proteção ao trabalho e aos trabalhadores estão presentes no artigo 157 da Constituição de 1946, conforme relação que se segue:

- a) salário-mínimo que deveria atender também às necessidades da família do trabalhador (art. 157, inciso I);
- b) participação obrigatória e direta dos trabalhadores nos lucros da empresa (art. 157, inciso IV);
- c) repouso semanal remunerado (art. 157, inciso VI);
- d) estabilidade, não só nas empresas urbanas como também na exploração rural, além da indenização ao trabalhador despedido (art. 157, inciso XII);
- e) assistência aos desempregados (art. 157, inciso XV);
- f) direito de greve (art. 158).

O salário-mínimo familiar, a participação nos lucros da empresa e o repouso remunerado são direitos assegurados pela Constituição de 1946 que se constituem as principais inovações trabalhistas, segundo Cesarino Júnior.<sup>36</sup>

Quanto ao direito de greve, omissos nas Constituições de 1824, 1891 e 1934, recebeu a seguinte referência no artigo 139 da Constituição de 1937: “a greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”.

Ferreira entende que a greve, antes da Constituição de 1937 era apenas “tolerada”.<sup>37</sup> Esta “tolerância”, no entanto, era limitada, uma vez que a Lei de Segurança ( Lei n. 38, de 04 de abril de 1935, modificada pela Lei n. 136, de 14 de dezembro de 1953 e pelos Decretos-Leis 428 e 431, de maio de 1938) classificava como crime contra a ordem social: “instigar ou preparar a paralisação de serviços públicos, ou de abastecimento da população” e “induzir empregadores ou empregados à cessação ou suspensão do trabalho, por motivos estranhos às condições do mesmo”.<sup>38</sup>

Quando ainda vigorava a Constituição de 1937, e já estando reunida a Assembléia Constituinte de 1946, o presidente Eurico Gaspar Dutra, invocando o artigo 180 da referida Carta de 1937<sup>39</sup>, baixou o Decreto-lei n. 9.070, de 1946, que dispunha “sobre a suspensão ou o abandono coletivo do trabalho”, dividindo as atividades profissionais em fundamentais e acessórias, considerando-se “acessórias as atividades não classificadas entre as fundamentais” (artigo 3º, § 2º). O artigo 9º facultava “às partes que desempenham atividades acessórias, depois de ajuizado o dissídio (coletivo), a cessação do trabalho ou o fechamento do estabelecimento”.<sup>40</sup>

Assim determinava o artigo 158 da Carta de 1946: “é reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”. Martins<sup>41</sup>, a propósito, nos lembra a posição do Supremo Tribunal Federal segundo o qual “não havia sido revogado o Decreto-lei n. 9.070/46, pois não era incompatível com a Lei Fundamental de 1946, que determinava que a greve deveria ser regulada por lei ordinária, inclusive quanto a suas restrições”.

A Lei de Greve (Lei n. 4.330, de 1º/6/1964), determinava que seria considerado ilegal o movimento paredista quando:

- a) não atendidos os prazos e condições estabelecidos na referida lei;
- b) tivesse por objeto reivindicações julgadas improcedentes pela Justiça do Trabalho, em decisão definitiva, há menos de um ano;
- c) fosse deflagrado por motivos políticos, partidários, religiosos, morais, de solidariedade, sem quaisquer pretensões relacionadas com a própria categoria;
- d) tivesse por fim rever norma coletiva, salvo se as condições pactuadas tivessem sido substancialmente modificadas.

Embora assegurado o direito de greve aos trabalhadores (artigo 158, XXI), a Constituição de 1967 não permitia tal direito nos serviços públicos e atividades essenciais, que seriam definidas em lei (§ 7º do artigo 157). A Emenda Constitucional n. 1, de 1967, mantém esta mesma orientação (artigos 165, XXI, e 162).

A Constituição de 1988 assegura em seu artigo 9º o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender<sup>42</sup>.

Enquanto no mundo a história cronológica da greve a considerou um delito (sistema corporativo), depois como liberdade (Estado liberal), e como um direito (regimes democráticos), no Brasil, inicialmente a greve foi considerada como liberdade, depois como delito (artigo 139 da Constituição de 1937) e, finalmente, como direito (artigo 158 da Constituição de 1946 e artigo 9º da Carta de 1988).

Os direitos sociais estão presentes na Constituição de 1988, nos artigos: 6º; 205 (educação); 196 (saúde); 7º e incisos (trabalho); 21, XIV; 22, XXVIII e 144 (segurança); 201 e parágrafos (previdência social); 5º, LXXIV; 7º, II; e 24, XIV (assistência aos desamparados).

Ao afirmar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988), naturalmente o constituinte originário se reporta ao Título II da Carta constitucional em vigor, ou seja, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Mesmo constatando a ocorrência de uma atecnia, uma vez que o conteúdo do parágrafo primeiro do artigo quinto da Constituição de 1988 devesse constar em artigo autônomo, não resta dúvida quanto ao desejo manifestado pelo constituinte, desejo este protegido como cláusula pétrea (artigo 60, § 4º). Portanto, os artigos 5º ao 17 da Carta Magna de 1988 não poderão ser objeto de deliberação proposta de Emendas Constitucionais tendentes a aboli-los.

Claro está, portanto, a forte presença do princípio da igualdade, em que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, pro-

tegrado, com seu manto protetor, os direitos sociais das mudanças defendidas pelos adeptos de uma flexibilização do trabalho extremada, desregulamentando do nosso ordenamento jurídico conquistas sociais, trabalhistas, alcançadas pelos trabalhadores brasileiros e referendadas pela Constituição de 1988.

Estão com razão Araújo e Nunes Júnior quando doutrinam que a Constituição brasileira de 1988 tratou de disciplinar regras relativas à ordem social, de forma minuciosa, retratando, com isso, o grau de desconfiança dos constituintes nas instituições.<sup>43</sup>

Esta opção do constituinte, acrescentam, deu origem “ao que denominamos Constituição Social”... abrangendo “os setores onde o Estado deve intervir por meio de prestações sociais, seja indicando direito aos indivíduos (seguridade social), seja intervindo na realidade para propiciar um sistema de relações sociais mais equilibrado e justo”.<sup>44</sup>

O Estado de Direito pressupõe a obrigação de o Estado atender às necessidades sociais e a responsabilidade de prover à satisfação dos cidadãos através de uma política econômica eficiente. No que diz respeito aos direitos da liberdade, reforça a proteção jurídico-constitucional dos mais fracos e, em conseqüência, reduz a proteção dos fortes. Busca a substituição da igualdade formal inerente ao Estado Liberal por uma igualdade material peculiar ao Estado Social.

Mesmo sendo a igualdade um signo fundamental da democracia, conforme enfatiza Faria<sup>45</sup>, a igualdade, como um dos direitos básicos dos cidadãos, “tal regra existe em constituições de regimes democráticos e de ditaduras, em países milenares como em estados recém independentes”.

O princípio da igualdade “rege todos os direitos em seguida a ele enumerados”, conforme acentua Francisco Campos. Para ele,

a cláusula relativa à igualdade diante da lei em primeiro lugar na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais.<sup>46</sup>

Esta prevalência do princípio isonômico observa-se no confronto até mesmo com os outros princípios constitucionais. Segundo Borges,<sup>47</sup> não é aleatoriamente que o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 enuncia a isonomia antes mesmo e à frente da discriminação dos direitos e garantias fundamentais que institui. Dessa posição ‘topograficamente’ eminente da isonomia resulta uma proeminência substancial desse princípio: ele penetra, como uma linfa, os demais direitos e garantias constitucionais, perpassando-lhes o conteúdo normativo: ‘rege todos os direitos em seguida a ele enunciados’, na lição de Francisco Campos.<sup>48</sup>

O princípio da igualdade ou isonomia preconizado no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988 se destina principalmente ao legislador que deve implantar a isonomia na própria lei (igualdade material) sem deixar esse princípio ser subvertido pela interpretação daqueles que defendem a igualdade apenas perante a lei (igualdade formal). Este princípio da isonomia, segundo Guerra Filho, “pode ser apontado como um dos princípios constitucionais gerais, assim como a isonomia entre homens e mulheres, referida no art. 5º, inciso I, seria exemplo de princípio constitucional especial”.<sup>49</sup>

Usando expressão de Romita, “a norma que consagra o direito ao trabalho não pode desligar-se do princípio de igualdade, entendido como princípio estruturante e conformador dos direitos fundamentais”.<sup>50</sup>

Violar um princípio, conforme enfatiza Gonçalves<sup>51</sup>, é mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegitimidade porque representa a insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

É sabido que cientificamente a flexibilização constitui a alteração de uma norma, interferindo na relação de poder de troca. Resta saber, afinal, se a flexibilização é prejudicial ou não ao trabalhador, e se ela fere algum princípio constitucional, sobretudo o da igualdade. Como determinar, em caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e a medida dessa desigualdade? Como se pode afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? A redução das desigualdades regionais constitui um dos princípios que fundamentam a ordem econômica no Brasil? A simples verificação da existência da discriminação é suficiente para a definição de ofensa ao princípio da isonomia?

Araújo e Nunes Júnior,<sup>52</sup> em comunhão com o mesmo pensamento de Bastos e Martins<sup>53</sup>, consideram como grande dificuldade determinar, concretamente, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade.

Partindo da constatação de que a função da lei consiste em discriminar situações, com o propósito de regulamentá-las, “a constatação da existência de discriminações, [...] não é suficiente para a definição de respeito ou de ofensa ao princípio da isonomia”.<sup>54</sup>

Bandeira de Mello oportunamente aponta quatro elementos que concorrem para que a discriminação legal seja convivente com a isonomia:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulta em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão válida – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Franco é de opinião de que “a idéia de igualdade deve ser fundada não no conceito da igualdade natural entre os homens, mas no reconhecimento da universalidade do homem”.<sup>56</sup>

Comungando desta afirmação de Afonso Arinos de Melo Franco, Faria afirma que no universo reconhecemos “a unidade da espécie humana e as variações de condições inúmeras entre os homens. No que tange a estas últimas, oportuna é a lição de Ranalletti: que a natureza faz desigual, não podem os homens tornar igual”.<sup>57</sup>

Segundo Faria, deve haver, contudo, o primado da igualdade sobre as desigualdades: “a igualdade deve ser primeira, enquanto concerne aos direitos fundamentais e à dignidade comum do ser humano; as desigualdades, pelo motivo acima exposto, são e devem ser segundas”.<sup>58</sup>

Barbosa elucida de vez a questão quando afirma que

a regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real.

Quanto à indagação sobre qual critério de valoração para a relação de igualdade, Canotilho aponta

uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduzindo-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras, o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária.

Existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica, segundo Canotilho, quando “a disciplina jurídica não se basear num: a) fundamento sério; b) não tiver um sentimento legítimo; c) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”.<sup>61</sup>

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária, conforme acentua Bandeira de Mello,

apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não<sup>62</sup> seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Há, no entanto, ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singularizada atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.<sup>63</sup>

Os fatos e os acontecimentos são suscetíveis de se tornarem elementos discriminadores determinados pela lei frente ao princípio isonômico.

A noção de igualdade, do ponto de vista histórico, remonta aos primórdios da civilização. A sua compreensão a considerava utópica. Sua aplicação, em função disso, era praticamente nula. A aplicação da igualdade formal era distante da realidade prática.

Conforme acentua Heller, “a idéia de igualdade é de origem especificamente cristã, pois na Antiguidade havia duas possibilidades naturais para o homem: ser livre ou ser escravo”.<sup>64</sup>

Platão, em “A República”, defende a igualdade através da existência de um Estado onde não haveria pobreza nem riqueza, Estado cujo objetivo seria o de conceder “maior felicidade ao todo e não a qualquer classe em separado.

Rousseau não foi o criador do princípio da igualdade civil. Ele apenas melhor expressou os conceitos e as idéias de seu tempo. No “Contrato Social” afirma ser a igualdade o maior de todos os bens. Para ele, há duas espécies de desigualdade: uma de ordem física e outra de ordem moral ou política.

Se o abuso é inevitável, não poderia, ao menos, ser limitado? Exatamente porque a força das coisas tende sempre a destruir a igualdade, a força da legislação deveria sempre tender a mantê-la.

O princípio da igualdade está presente no artigo 1º da mais famosa das declarações: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/8/1789, com a seguinte redação: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. A lei, segundo preconiza o artigo 6º desta famosa Declaração, “deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune”. Portanto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tinha por fim a abolição dos privilégios.

A distinção não é discriminação, uma vez que a diferenciação “compensa” a desigualdade e por isso serve a uma finalidade de igualização, como ensinou San Thiago Dantas, quando a diferenciação visa ao “reajustamento proporcional de situações desiguais”.<sup>65</sup>

“Se a diferenciação é arbitrária, se ela não se coaduna com a natureza da desigualdade”, observa Ferreira Filho, “não leva ela à igualdade, mas ao privilégio, a uma discriminação”.<sup>66</sup>

Cesarino Júnior entende que a intervenção do Estado na ordem jurídica, através da legislação do trabalho, visando à proteção do economicamente fraco, não constitui ofensa à regra da igualdade perante a lei. Para ele, a expressão “todos são iguais perante a lei” deve ser entendida de maneira relativa, pois a igualdade absoluta é impossível. “Os homens são iguais”, já dizia Aristóteles, mas só tem os mesmos direitos em idênticas condições. Segundo Marnoco e Souza, a igualdade perante a lei significa que, em paridade de condições, ninguém pode ser tratado excepcionalmente e, por isso, o direito de igualdade não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais da lei.<sup>67</sup>

A absoluta igualdade jurídica gerou a desigualdade econômica. Duguit perguntava: “Pode-se falar de um contrato de locação de serviços entre o patrão e o operário? O patrão fixa-o previamente, não porque o empregado aceita, mas por qualquer outro motivo; o empregado aceita-o, porque quer viver”.<sup>68</sup>

Ripert afirma que “se um dos contratantes pode impor sua vontade e o outro é obrigado, por necessidade, a aderir sem maiores delongas, o contrato não é senão ‘a lei do mais forte’”;<sup>69</sup> fato igualmente confirmado por Morin:

“Ao regime da liberdade contratual sucede, de fato, o da ditadura dos patrões e das companhias poderosas, impondo um regulamento à multidão de fracos”.<sup>70</sup>

Quanto ao princípio da igualdade jurídica, J. A. Silva vem em nosso socorro para afirmar que tal princípio apresenta-se sob dois prismas: primeiro, como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; segundo, como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça.<sup>71</sup>

Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (artigo 5º, XXXV). Mas realmente essa igualdade não existe, “pois está bem claro hoje que tratar ‘como igual’ a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça”.<sup>72</sup> J. A. Silva complementa afirmando que

os pobres têm acesso muito precário à justiça, porque não dispõem de recursos para custear bons advogados, e nem contam com um patrocínio gratuito eficiente. Enquanto isso, a Carta de 1988, em seu artigo 5º, LXXIV, segundo o qual o Estado deverá prestar assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, tem sua eficácia sido postergada, uma vez que a sociedade brasileira não vê, na prática, ações concretas do poder público, que minorem a curto prazo esta situação. Além de lutar pela sobrevivência e diante das circunstâncias inerente ao seu estado de pobreza, de desigualdade social, muitos brasileiros vêm a justiça, por sua morosidade e pelas dificuldades mencionadas, favorecer aqueles mais aquinhoados financeiramente neste país economicamente desigual.<sup>73</sup>

Na visão do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, “a Justiça não age, enquanto Justiça, no cumprimento da Constituição, que diz que todos são iguais perante a lei. Muitas vezes, uns são mais iguais do que outros, e é o que eu chamo de ‘Justiça classista’. É uma justiça que favorece uma classe”.<sup>74</sup>

Para a realização da igualdade perante a justiça, portanto, se faz necessário a busca da igualação de condições dos desiguais.

Embora em quase todas as Constituições do mundo esteja escrito que todos são iguais perante a lei, o que se vê, na prática, conforme observa Dallari “é que as pessoas são tratadas como desiguais. As próprias leis garantem a desigualdade, e nos costumes de quase todos os povos encontram-se muitas práticas baseadas na desigualdade”.<sup>75</sup>

A sociedade, ao oferecer mais oportunidade a uns do que a outros, trata os seres humanos como se fossem diferentes. As pessoas, para se torna-

rem socialmente diferentes, desprezando-se a igualdade natural, bastam nascer pobres, ao contrário daqueles que nascem ricos e com mais oportunidades de viver com dignidade.

O ideal de uma sociedade alicerçada na igualdade (ou na justiça), segundo Miranda, “é um dos ideais permanentes da vida humana e um elemento crítico de transformação, não só dos sistemas jurídicos mas também das estruturas sociais e políticas”.<sup>76</sup>

Ferreira Filho, no entanto, pondera que

atualmente o princípio de igualdade parece em regressão. É inegável a tendência ao desenvolvimento de um direito de classe, que, embora para proteger o social e economicamente fraco, lhe concede privilégios em detrimento do princípio de igualdade. Também se pode observar que a intervenção do Estado no domínio econômico se tem feito não raro ao arpejo desse princípio.<sup>77</sup>

Considerando, finalmente, que a igualdade, no Brasil, é um princípio constitucional (Constituição Federal de 1988, *caput* do artigo 5º), que não pode ser excluído da nossa Carta Magna, a exemplo do que ocorre com os direitos sociais (Constituição Federal de 1988, artigos 6º a 11), por fazerem parte dos direitos e garantias fundamentais, (Constituição Federal de 1988, artigo 60, § 4º), resta-nos, novamente, indagar: as normas trabalhistas em vigor no Brasil podem ser flexibilizadas sem que estas alterações inviabilizem o princípio constitucional da igualdade?

Consideramos ser possível a flexibilização das normas trabalhistas no Brasil desde que não contrariem o princípio constitucional da igualdade e os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais previstos e protegidos como cláusula pétrea pelo artigo 7º da Constituição de 1988.

Interpreta-se a Constituição a partir dos valores que ela mesma consagra. “Os novos métodos de interpretação aplicados à Constituição tendem a elastecer demasiadamente o conceito de normatividade”.<sup>78</sup>

Mesmo considerando que as constituições consagram princípios como liberdade, justiça, igualdade, dignidade da pessoa humana, historicamente estes princípios são princípios gerais do direito. Por esta razão, Peixinho considera que se deve ter cautela quando se for identificar os princípios gerais de direito com os princípios constitucionais. Considera temerária tal identificação, uma vez que a existência de outros princípios constitucionais que versam sobre matéria estranha à noção de princípio geral, como é o caso dos princípios setoriais da área econômica, da administração pública. Por esta razão, considera mais apropriado se falar apenas que alguns dos princípios fundamentais constitucionais se identificam com os princípios gerais de direito.<sup>79</sup>

Bastos defende a tese de que “os princípios gerais de Direito entram na Constituição só pelo caminho da interpretação. São exatamente eles que permitem a evolução do Texto Constitucional. São eles que vão preencher a vaguidade de suas normas”.<sup>80</sup>

Segundo Bonavides, os princípios gerais de direito se constitucionalizaram nas últimas décadas do século XX, quando se transformaram em “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício dos novos sistemas constitucionais”. Aceitar esta tese seria, segundo Peixinho, “limitar demasiadamente os princípios constitucionais única e exclusivamente aos princípios gerais de direito”.<sup>81</sup>

Para o Ministro do STF Carlos Mário da Silva Velloso (*apud* PEIXINHO, 2000, p. 128.),

os princípios norteadores de interpretação não podem ser resumidos somente aos princípios fundamentais nos primeiros capítulos da Constituição Federal de 1988. Esta se encontra preenchida desses comandos sagrados, como a enumeração do artigo 5º, além do artigo 6º, os quais se retiram dos artigos 150, 225 (meio ambiente), 222 (direito à comunicação social), dentre outros .

O princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988, possui eficácia jurídica plena e aplicação imediata (eficácia social global).<sup>83</sup> Portanto, ao flexibilizar suas normas, enquanto direitos sociais previstos no artigo 7º da Carta Magna em vigor, o direito do trabalho não pode se afastar do princípio constitucional da igualdade, sob pena de tornar inconstitucionais suas normas flexibilizadas.

Usando expressão de Musse, “a eficácia do princípio da igualdade, de acordo com a dogmática tradicional, é inquestionável, pois o mesmo possui condições técnicas de ser aplicado e pode produzir efeitos”.<sup>84</sup>

Interpretar se uma determinada norma trabalhista flexibilizada no Brasil está ou não conforme o princípio constitucional da igualdade é compatível com a afirmação de Bastos,<sup>85</sup> segundo o qual “o que está em jogo é, acima de tudo, a interpretação do próprio sentido da norma constitucional, com a conseqüente adaptação a esse sentido, quando possível, da legislação ordinária (na hipótese de esta apresentar uma pluralidade de sentidos possíveis)”.

Não se pode esquecer que os princípios consubstanciados na Constituição, como o princípio da igualdade, “são normas, e como tais, não são meras construções informativas”.<sup>86</sup> Eles servirão de “diretrizes interpretativas das demais normas, bem como de fundamento jurídico do restante do ordenamento jurídico, bem como do restante das normas constitucionais (característica comum a todos os princípios constitucionais)”.<sup>87</sup>

Embora na formação jurídica brasileira se perceba a predominância de um positivismo exacerbado, é inegável que o princípio da razoabilidade já ingressou em nossa jurisprudência, com retardo, por falta de previsão expressa na Constituição.

Crescentemente o Supremo Tribunal Federal vem fundamentando suas decisões recorrendo ao princípio da razoabilidade. Esse princípio constitui uma decorrência do Estado Democrático de Direito e do princípio do devido processo legal.

O princípio da razoabilidade, usando expressão de Barroso,

é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha.<sup>88</sup>

O princípio da razoabilidade interage com o da isonomia.<sup>89</sup>

Além de assegurar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*), a Constituição Federal de 1988 apresenta como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, IV).

Continua ainda, o questionamento de se saber, afinal, quem são os iguais e os desiguais e em que circunstâncias é constitucionalmente legítimo o tratamento desigual. Neste caso, ao tratamento desigual haverá necessidade de se encontrar limites de razoabilidade para que seja legítimo.

A busca da conciliação destes limites ganha dimensão em nossa tese que procura avaliar a compatibilidade da flexibilidade das normas trabalhistas brasileiras com o princípio constitucional da igualdade.

Considerando que “para ser válido, o tratamento diferenciado precisa passar no teste da razoabilidade interna e externa”<sup>90</sup>, em relação ao Brasil, no primeiro caso, a globalização econômica, o neoliberalismo, o avanço tecnológico, constituem as razões, os motivos que estão levando nosso país a buscar alternativas que visem reduzir o desemprego, tornando o país mais competitivo e atraente aos investimentos externos. Para tanto, o governo brasileiro tem tomado a iniciativa de levar ao seu parlamento propostas de projetos de leis flexibilizantes, estimulando a negociação dos atores sociais, com a participação dos sindicatos laborais na proposição de acordos e convenções coletivas.

Ou seja, a transição buscada pelo Brasil de um modelo historicamente legalista para um modelo negocial está sendo tentado com previsão legal. A título de exemplo, citamos a Lei n. 9.601/98, que trata da nova modalidade de contrato por prazo determinado. Trata-se, portanto, da chamada razoabilidade interna, que busca uma relação lógica, racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins.

Quanto à verificação de sua razoabilidade externa, deve-se verificar a existência da adequação interna da norma aos meios e fins admitidos e preconizados pelo nosso texto constitucional em vigor. “Se a lei contravir valores expressos ou implícitos na Constituição, não será legítima nem razoável à luz desta, ainda que o fosse internamente”.<sup>91</sup>

Os meios empregados e o fim perseguido pelo Brasil para reduzir o desemprego e para se tornar mais competitivo e atraente ao investimento externo haverá, de fato, necessidade de inserir em seu ordenamento jurídico, leis trabalhistas flexibilizantes, (muitas delas já adotadas sem sucesso por outros países), sem a devida verificação da existência de outro meio menos gravoso para a consecução dos fins que visa alcançar, com o risco de implodir o princípio constitucional da igualdade e dos direitos sociais trabalhistas protegidos como cláusulas pétreas pela Carta de 1988!...

Afinal, conforme enfatiza Viana, “já não se criam desigualdades positivas para compensar as negativas. A lei cria desigualdades na mesma direção das desigualdades que o sistema exige. É o que acontece com os novos contratos a prazo, que facilitam a precarização”.<sup>92</sup>

Nas Comissões de Conciliação Prévia, criadas no Brasil pela lei 9.958, de 12/1/2000, em sua composição paritária, representando empregados e empregadores, instituída no âmbito da empresa (artigo 625-B, da CLT), a desigualdade poderá facilmente ser sentida, uma vez que “o trabalhador estará sendo assistido por colegas de trabalho, que obviamente, não possuem o conhecimento jurídico necessário para realizar tal serviço com eficiência, além de reforçar o desequilíbrio de forças, vez que os representantes indicados pelo empregador poderão ser – e certamente o serão – pessoas qualificadas na área jurídica”.<sup>93</sup>

O que se deve buscar, conforme acentua Maior,

não é a necessidade de eliminação de conflitos (como meio de se desafogar a Justiça do Trabalho), mas a efetivação dos direitos trabalhistas, buscando promover outra promessa constitucional, qual seja, a de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais. (Inciso III, do artigo 3<sup>o</sup>, da Constituição Federal).<sup>94</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Editora Saraiva, 1989, v. 2.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1989.

BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e sua significação na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, n. 93, ano 23, jan./mar. 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*. 7. ed. Paris: Dalloz, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. Uma Morte Espiritual. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14.mai.1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direito à igualdade de oportunidades*. in Direitos Humanos – Pautas para uma educação libertadora. Petrópolis: Editora Vozes, 1990.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, José Artur Lima. *Princípio da isonomia: aplicação de um modelo*. Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 1992 (Dissertação).

GRAU, Eros Roberto. Princípios da legalidade e da igualdade - Empréstimo compulsório e contratos coletivos – Expropriação e ato ilícito. *Revista de Direito Público* n. 95, ano 23, jul./set. 1990.

- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- JUCÁ, Francisco Pedro. *A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais*. São Paulo: LTr, 1997.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2001, v. IV.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. O procedimento sumaríssimo trabalhista e as comissões de conciliação prévia. *Suplemento Trabalhista LTr*, 033/00, 2000.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, t. II.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. São Paulo: Frater et Labor, 2000.
- MUSSE, Luciana Barbosa. *Aplicabilidade e efetividade do princípio da igualdade: uma Análise do discurso jurídico-constitucional brasileiro atual*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1998 (Dissertação).
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Direito do trabalho na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *Os princípios constitucionais e a interpretação da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- ROMITA, Arion Sayão. O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade. *Gênesis – Revista de Direito do Trabalho*, n. 86, Curitiba, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1977.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VIANA, Márcio Túlio. Os dois modos de discriminar e o futuro do direito do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

<sup>1</sup> SLAIBI FILHO, 1994, p. 39 *apud* MORAES Guilherme Peña de. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. São Paulo: Frater et Labor, 2000, p. 44.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 70.

<sup>3</sup> Além das seis emendas constitucionais de revisão ocorridas em 1994, atendendo ao que determina o art. 3o do ADCT, até dezembro de 2004, a Carta de 1988 recebeu 45 Emendas Constitucionais.

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Uma Morte Espiritual. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14.mai.1998

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 350.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 350.

<sup>7</sup> COILLARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*. 7. ed. Paris: Dalloz, 1989, p. 215-216.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 218-219.

<sup>9</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 4.

<sup>10</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>13</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes *apud* GOMES, *op. cit.*, p. 8

<sup>14</sup> ROCHA *apud* GOMES, *op. cit.*, p. 5-6.

<sup>15</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 23

<sup>16</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, t. II, p. 219.

<sup>17</sup> BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e sua significação na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, n. 93, ano 23, jan./mar. 1990, p. 37.

<sup>18</sup> GRAU, Eros Roberto. Princípios da legalidade e da igualdade - Empréstimo compulsório e contratos coletivos - Expropriação e ato ilícito. *Revista de Direito Público* n. 95, ano 23, jul./set. 1990., 1990, p. 63.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 418; 420-421.

<sup>20</sup> ROMITA, Arion Sayão. O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade. *Gênese - Revista de Direito do Trabalho*, n. 86, Curitiba, 2000, p. 188.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>22</sup> BORGES, *op. cit.*, p. 38.

<sup>23</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 218.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>25</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 470.

<sup>26</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 4.

<sup>27</sup> SAMPAIO DÓRIA *apud* MAGANO, Octávio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2001, v. IV. 2001, p. 378.

<sup>28</sup> MAGANO, *op. cit.*, p. 384.

<sup>29</sup> JUCÁ, Francisco Pedro. A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais. São Paulo: LTr, 1997, p. 48.

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1989, p. 325.

- <sup>31</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 8.
- <sup>32</sup> JUCÁ, *op. cit.*, p. 60.
- <sup>33</sup> *Apud* BORGES, 1990, p. 58.
- <sup>34</sup> FERREIRA, 1974, p. 58 *apud* SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1977, p. 95.
- <sup>35</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 95.
- <sup>36</sup> CESARINO JÚNIOR, 1946, p. 184-200, *passim*, *apud* SILVA, *op. cit.*, p. 97.
- <sup>37</sup> FERREIRA, 1954, p. 175 *apud* SILVA, *op. cit.*, p. 98.
- <sup>38</sup> BEZERRA DE MENEZES *apud* SILVA, *loc. cit.*.
- <sup>39</sup> “Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”.
- <sup>40</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 99.
- <sup>41</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 719.
- <sup>42</sup> Legislação Infraconstitucional: artigos 723 da CLT; Lei nº 7. 783/89 (Direito de Greve).
- <sup>43</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 79.
- <sup>44</sup> *Ibid.*, p. 379.
- <sup>45</sup> FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 22.
- <sup>46</sup> CAMPOS, 1956, p. 12 *apud* BORGES, *op. cit.*, p. 12.
- <sup>47</sup> BORGES, *op. cit.*, p. 96.
- <sup>48</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 34-35.
- <sup>49</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 54.
- <sup>50</sup> ROMITA, *op. cit.*, p. 188.
- <sup>51</sup> GONÇALVES, José Artur Lima. *Princípio da isonomia: aplicação de um modelo*. Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 1992, p. 1-22, *passim*.
- <sup>52</sup> ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 88.
- <sup>53</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Editora Saraiva, 1989, v. 2, p. 5.
- <sup>54</sup> ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 89.
- <sup>55</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41.
- <sup>56</sup> FRANCO, 1958, p. 89 *apud* FARIA, *op. cit.*, p. 44.
- <sup>57</sup> FARIA, *op. cit.*, p. 44.
- <sup>58</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 45.
- <sup>59</sup> BARBOSA, Rui, 1944 *apud* FARIA, *op. cit.*, p. 45.
- <sup>60</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 419.
- <sup>61</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 420.
- <sup>62</sup> BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 17.

- <sup>63</sup> *Ibid.*, p. 47-48.
- <sup>64</sup> HELLER, 1955, p. 134 *apud* FARIA, *op. cit.*, p. 7.
- <sup>65</sup> FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 111.
- <sup>66</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*
- <sup>67</sup> MARNOCO; SOUZA, *apud* FARIA, *op. cit.*, p. 46.
- <sup>68</sup> DUGUIT, 1958, p. 289 *apud* FARIA, *op. cit.*, p. 51.
- <sup>69</sup> RIPERT, Georges, 1947, p. 47 *apud* FARIA, *op. cit.*, p. 51.
- <sup>70</sup> MORIN, 1927, p. 61, *apud* FARIA, *op. cit.*, p. 52.
- <sup>71</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 221.
- <sup>72</sup> CAPPELETTI, 1974, p. 67 *apud* SILVA, *op. cit.*, p. 221-222.
- <sup>73</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 223.
- <sup>74</sup> Palavras ditas de improviso durante solenidade em Vitória (ES). Revista VEJA, edição 1800, ano 36, n. 17, 30. abr. 2003, p. 46.
- <sup>75</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direito à igualdade de oportunidades*. in Direitos Humanos – Pautas para uma educação libertadora. Petrópolis: Editora Vozes, 1990, p. 355.
- <sup>76</sup> MIRANDA, *op. cit.*, p. 204.
- <sup>77</sup> FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 243.
- <sup>78</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. *Os princípios constitucionais e a interpretação da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 133.
- <sup>79</sup> *Ibid.*, p. 104-105.
- <sup>80</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 144.
- <sup>81</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p. 105.
- <sup>82</sup> *Apud* PEIXINHO, *op. cit.*, p. 128.
- <sup>83</sup> MUSSE, Luciana Barbosa. *Aplicabilidade e efetividade do princípio da igualdade: uma Análise do discurso jurídico-constitucional brasileiro atual*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1998, p. 153.
- <sup>84</sup> *Ibid.*, p. 154.
- <sup>85</sup> BASTOS, *op. cit.*, p. 174.
- <sup>86</sup> *Ibid.*, p. 142.
- <sup>87</sup> BASTOS, *loc. cit.*
- <sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000, p. 35.
- <sup>89</sup> BARROSO, *loc. cit.*
- <sup>90</sup> *Ibid.*, p. 34.
- <sup>91</sup> *Ibid.*, p. 30.
- <sup>92</sup> VIANA, Márcio Túlio. Os dois modos de discriminar e o futuro do direito do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000, p. 326.
- <sup>93</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. O procedimento sumaríssimo trabalhista e as comissões de conciliação prévia. *Suplemento Trabalhista Ltr*, 033/00, 2000, p. 170.
- <sup>94</sup> MAIOR, *loc. cit.*

## CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY BEFORE LAW AND LABOUR LAW

### ABSTRACT

The principle of equality before the law has for a long time been considered as a guardian of freedom. Little by little, a growing awareness arised on then fact that, for that end, formal equality before the law was not enough, as it was equality in the law itself. Even if present in Brazilian Constitutions since the Imperial Constitution of 1824, formal equality was not material equality until the 1988 Constitution (Article 5), being one of the fundamental rights not subject to amendment (Article 60, § 4º, IV). Its importance is highlited as controversy on the constitutionality of the recent deregulation on the field of Labor Law.

### KEYWORDS

Constitutional Principles. Equality. Freedom. Fundamental Rights. Labor Law. Deregulation.

## LE PRINCIPE CONSTITUCIONNEL DE L'ÉGALITÉ ET LE DROIT DU TRAVAIL

### RÉSUMÉ

Le principe de l'égalité devant la loi a pendant longtemps a été identifié comme garant de la concrétisation de la liberté. Peu a peu on a perçu qu'il n'était pas suffisant par une telle fin seulement l'égalité formelle devant la loi. Il était nécessaire à l'égalité dans la loi elle-même. Bien que prévu constitutionnellement dans notre pays depuis la Constitution Politique de l'Empire (1824), l'égalité formelle est devenue aussi matériel seulement à travers la Constitution de 1988 (*caput* de l'art. 5), se constituant comme un des droits fondamentaux, protégés comme des clauses piètres (art. 60, § 4º, IV). Son importance s'accroît en face du questionnement suscité de la constitutionnalité, ou non, des normes travaillistes flexibilisées en cours au Brésil.

### MOTS-CLÉS

Principe constitutionnel. Égalité. Liberté. Droit fondamental. Droit du Travail. Flexibilité.

# MANDADO DE INJUNÇÃO E DISSÍDIO COLETIVO TRABALHISTA: COMPARAÇÕES, DISTINÇÕES E VANTAGENS

Francisco Gérson Marques de Lima\*

1 Nota introdutória. 2 Visão panorâmica do mandado de injunção, com incursões no âmbito trabalhista. 3 O dissídio coletivo trabalhista. 4 Dissídio coletivo e mandado de injunção. 5 Conclusões.

## RESUMO

O Mandado de Injunção, como instrumento talhado a tornar possível o exercício de direitos fundamentais prejudicados pela omissão legislativa, sucumbiu perante o Supremo Tribunal Federal. O dissídio coletivo, de seu turno, encontra-se dificultado pelos tribunais do trabalho, que se afastaram das discussões econômicas e sociais dos trabalhadores e dos empregadores. De todo modo, o dissídio coletivo, se bem utilizado pelo TST e pelos TRTs, mostra-se mais adequado do que o mandado de injunção para a efetivação de direitos sociais, especialmente dos coletivos, dentro da doutrina da progressão social.

## PALAVRAS-CHAVE

Mandado de injunção. Dissídio coletivo. Sentença normativa. Direito Processual do Trabalho. Ação constitucional. Direitos fundamentais.

## 1 NOTA INTRODUTÓRIA

Aproveitamos este espaço para explorar dois temas tantas vezes revisitados e poucas vezes compreendidos: o mandado de injunção, enterrado pelo Supremo Tribunal Federal, e o dissídio coletivo, obstaculizado pelos tribunais do trabalho. Não é nossa pretensão abordar um e, depois, o outro. Preferimos fazer uma comparação entre os dois, para, ao fim, demonstrar quais as vantagens de um sobre o outro e qual deles é mais adequado à tutela dos direitos trabalhistas.

O tema, na verdade, já enfocamos em livro de nossa autoria,<sup>1</sup> mas as discussões acadêmicas de Pós-Graduação, onde as idéias dimanam efervescentes, ricas em contribuições, inspiraram-nos a voltar a abordá-lo, agora sob a receita deste artigo.

---

\* Doutor e Mestre em Direito Constitucional; Professor do Mestrado em Direito da UFC; Coordenador-Geral do Curso de Direito da Faculdade Christus; Procurador Regional do Trabalho na PRT-7ª Região (CE); membro da Academia Cearense de Direito do Trabalho (gersonm@prt7.mpt.gov.br).

Há, de fato, muitas semelhanças e diferenças entre as duas grandes garantias constitucionais; muito mais do que se possa, a um primeiro sobre-vôo, imaginar.

## 2 VISÃO PANORÂMICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO, COM INCURSÕES NO ÂMBITO TRABALHISTA

A suprema fonte do Mandado de Injunção encontra-se no art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF), que assim prescreve:

Art. 5º. [...]:

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;

[...]

É, indiscutivelmente, ação constitucional de cognição sumária, volta-da a garantir o exercício: *a)* dos direitos e liberdades constitucionais; e *b)* das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Funciona como instrumento garantístico de direitos que não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora, quer dizer, em face da omissão do legislador.

Como se vê, o sujeito ativo do mandado de injunção é quem tiver seus direitos cerceados pela ausência de norma regulamentadora.<sup>2</sup> O sujeito passivo é a autoridade do órgão competente para a expedição da referida norma. Mas quem tiver de suportar os ônus da sentença, apta a deferir o pleito do impetrante, terá, necessariamente, de integrar o pólo passivo da demanda, desde o início, na condição de litisconsorte necessário.<sup>3</sup> Esta modalidade de ação é cabível sempre quando, por falta de norma regulamentadora, encontrar-se impossibilitado de exercício um dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Isto ocorrendo, poderá o indivíduo demandar o Judiciário para fazer valer seus direitos previstos constitucionalmente. Incumbirá ao Judiciário, nesta hipótese, interpretar diretamente a Constituição, haja vista a ausência da norma infraconstitucional, e estabelecer norma *in concreto*, suprimindo a lacuna da legislação, ocasionada pela inércia do legislador.

Esta atividade do Judiciário, de estabelecer norma *in concreto*, com efeitos limitados às partes da ação injuncional e até o advento da legislação pertinente, não significa irregular invasão da competência legislativa, porquanto o Judiciário estará agindo por força de mandamento constitucional; logo, estará apenas cumprindo sua missão diária constitucional de dirimir conflitos e aplicar a Constituição, prestando a tutela jurisdicional às partes.

Segundo Celso Neves, a função processual do mandado de injunção “determina a natureza jurisdicional do provimento que nele se há de proferir – *declaratório* da omissão regulamentar e da inviabilidade de exercício dos direitos em causa – bem como os efeitos de *constituição* e *mandamento* que, no plano executório da realização de suas conseqüências, *possa e deva ter*”.<sup>4</sup>

Contudo, lamentavelmente, o entendimento das altas Cortes brasileiras, sobretudo do Supremo Tribunal Federal (STF),<sup>5</sup> têm sido bastante restrito, dando interpretação ao art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, o mais dificultoso e restrito possível, de modo a inviabilizar o efetivo ajuizamento da ação epígrafada. No âmbito trabalhista, então, o quadro é mais grave. Aliás, a título de curiosa constatação, temos verificado que a Justiça do Trabalho tem se mostrado desafeta aos novos instrumentos constitucionais de defesa do cidadão. Parece não ter percebido, ainda, seu relevante papel na dirimência das lides laborais, em especial quanto à coletivização do processo e à importância que as ações coletivas podem ter para o desafogamento dos fóruns. Basta ver, neste corolário, o tratamento que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) vinha dando à substituição processual (Enunciado n. 310, de caráter restritivo), e como vêm os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) entendendo a presença da litispêndência entre as ações coletivas e as ações individuais,<sup>6</sup> sem observarem a subsidiariedade do Código de Defesa do Consumidor (arts. 81 e 104).

Ao rito procedimental desta modalidade de ação constitucional tem-se aplicado, *mutatis mutandis*, o mesmo do mandado de segurança (Lei n. 1.533/51),<sup>7</sup> excepcionando-se o prazo decadencial de 120 dias, que não lhe é aplicável. A CF utiliza o termo *sempre*, o que implica *em qualquer tempo ou momento*, para a impetração do mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

Infelizmente, o STF tem compreendido ser incabível o provimento liminar, contrariamente ao que ocorre no mandado de segurança, conquanto seja fonte subsidiária invocada à espécie.<sup>8</sup> Entendimento mais uma vez equivocado, porquanto retira do cidadão o direito à tutela emergencial, sujeitando o direito a destino incerto e demorado. Não vemos nenhuma razão em vedar a concessão da liminar nos casos de *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Inexiste motivo para se discutir, no mandado de injunção, se ele é voltado a atacar ou não lei em tese, porque é ação destinada a tutelar exatamente direito que dependa do advento de lei, vale dizer: a lei é inexistente. Mesmo a inconstitucionalidade, atacável por ação própria de controle concentrado de constitucionalidade, não pode inibir a ação injuncional, exatamente porque esta possui finalidade precípua referente à ausência de norma essencial ao exercício de direitos fundamentais.

Quanto à competência, é ela basicamente fixada em razão da pessoa e da matéria. Daí porque é ajuizável, também, perante os órgãos da Justiça do Trabalho, da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral e da Justiça Federal, excepcionalmente. O mandado de injunção, assim, é admissível na seara trabalhista. Julgou o STF que no mandado de injunção referente aos direitos

sociais, em que a incumbência de regulamentar a matéria é do Congresso Nacional, a competência é da Corte Suprema (art. 102, I, *q*, CF).<sup>9</sup> Como os direitos e liberdades constitucionais são indicados no Título II e seus três capítulos, e como entre esses capítulos foram incluídos, no Capítulo II, os *direitos sociais*, observa Nascimento<sup>10</sup>, não há dúvida sobre o cabimento de mandado de injunção em matéria trabalhista. No entendimento desse autor, a expressão *norma regulamentadora*, utilizada pelo art. 5º, LXXI, CF, deve ser tomada no sentido amplo não apenas de lei, mas, também, de decretos, resoluções, regulamentos que não foram emitidos. Portanto, norma regulamentadora tem sentido amplo de disposição integrante da ordem jurídica, inclusive atos administrativos.<sup>11</sup> Desta sorte, quando o responsável pela expedição de norma regulamentadora for autoridade não afeta à competência do STF, e sendo a matéria trabalhista, a competência será dos órgãos da Justiça do Trabalho, conforme as regras próprias de competência, cabendo invocar o tirocínio do mandado de segurança. Quanto à legitimidade para agir, Nascimento<sup>12</sup> admite que tanto qualquer interessado quanto às organizações sindicais a detêm, estas por força do art. 8º, III, CF.<sup>13</sup>

Novamente o STF restringiu os direitos sociais. Para ele, a previsão do direito à garantia no emprego, prevista no art. 7º, I, CF, não comporta mandado de injunção, visto que a norma futura já se encontra provisoriamente regulamentada pelo art. 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que fixa indenização compensatória pela despedida imotivada do empregado.<sup>14</sup> Sucede que a regulamentação provisória, pela própria CF, não é para todos nem em todas as dimensões: limita-se aos membros empregados da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), às empregadas gestantes e à indenização compensatória pelo Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço (FGTS). O dispositivo transitório não tocou no tema da garantia de emprego, geral, o que poderia, portanto, ser obtido pela via injuncional. *Data venia* do entendimento do STF, há lacuna sim; inúmeros trabalhadores encontram-se sem poder usufruir o direito à garantia no emprego por falta de norma regulamentadora.

Partindo do pressuposto de que a atual fixação do salário mínimo desatende aos requisitos constitucionais (art. 7º, IV, CF), Barroso<sup>15</sup> admite a possibilidade de um leque de ações a serem intentadas pelo jurisdicionado para fazer valer o preceito fundamental. O autor não se reportou ao mandado de injunção. Mas o STF tem jurisprudência firmada em sentido contrário, pelo não-cabimento. Com efeito, o STF já decidiu que o mandado de injunção não se presta a discutir a constitucionalidade de lei já existente. O mandado de injunção, já asseverou o Min. Celso de Mello, em julgamento plenário,

não é meio de corrigir ilegalidade nem inconstitucionalidade. Um de seus pressupostos é a falta de norma jurídica, objetivamente aferida, sem que se cogite do motivo nem das circunstâncias que a determinam. Por isso, a inconstitucionalidade de norma em vigor não comporta correção por meio de mandado de injunção.<sup>16</sup>

Vale dizer, em resumo: o mandado de injunção se apresenta cabível tão-só quando inexistente preceito normativo; existente este, mesmo que deficiente, descabe o *mandamus* para questioná-lo.

E mais: o mandado de injunção não se presta a discutir a *eficácia* da norma, mas, sim, a sua *existência*. Desta sorte, se a norma não tiver aplicabilidade social, embora vigente e válida, não há que se discutir sua existência, donde o descabimento da ação constitucional sob comento.

Trilhou bem o STF ao admitir a impetração de mandado de injunção coletivo para a defesa de interesses metaindividuais, por entidade incumbida de defender determinada categoria, por analogia ao art. 5º, LXX, CF.<sup>17</sup>

Para Silva, o mandado de injunção é um *writ*, mas não é um *mandamus*, porque

se assim o fosse, poderia o Poder Judiciário expedir ordem ao Poder Legislativo, quando fosse o caso, para que este elaborasse norma regulamentadora para questão que se encontrasse sob a análise judicial. Mas isto não é admissível, pois ao Judiciário cabe apenas recomendar ao Legislativo a prática daquele ato, fato que descaracteriza a natureza mandamental.

O *mandamus*, segundo o autor, é uma espécie de *writ*, consistindo em ordem judicial para compelir um agente público a efetuar um determinado ato atinente ao seu ofício (é o que ocorre com a ordem conferida no mandado de segurança). O *writ* é um termo de origem inglesa, que também significa mandado ou ordem, logrando no direito brasileiro a concepção de *mediada impetrada*. “Neste sentido, observa-se que o *writ* é uma ação proposta, em caráter extraordinário, que visa resguardar direito violado. Portanto, a principal diferença entre os dois termos está justamente no momento processual que os caracteriza”.<sup>19</sup>

Santos, pressupondo a necessária intimação judicial prévia do poder competente para legislar sobre a matéria objeto do *writ*, afirma que:

a ordem de injunção que o Poder Judiciário deve expedir como intérprete da vontade da lei tanto poderá ser de caráter proibitivo como supletivo e será endereçada a quem tiver o dever de praticar o ato e de arcar com suas conseqüências econômicas. Só no caso de desobediência ou de resistência do devedor da prestação indireta, ela adianta a sua satisfação ao impetrante contra o devedor indireto, que ficará com direito regressivo contra o culpado. Se depois de concedida sobrevier a regulamentação, esta não poderá afetar<sup>20</sup> em absolutamente nada o direito em cujo gozo houver entrado.

Para referido autor, somente se o poder regulamentador não legiferar no prazo fixado pelo Judiciário, este implementará o ato e investirá o impetrante no exercício de seu direito.<sup>21</sup> No caso de descumprimento da ordem por quem suportará o ônus, o autor propõe duas situações: a) tratando-se de pessoa jurídica de direito público, a obrigação se reverterá em perdas e danos, além de intervenção pelo Estado. Reconhece, porém, que isto não satisfará o direito do ofendido. Particularmente, acrescentamos a responsabilização administrativa, criminal e, possivelmente, política do agente que resistir ao cumprimento da ordem; b) se o rebelde for pessoa jurídica de direito privado, o beneficiário poderá requerer ao juiz que designe prazo para o seu representante legal cumprir a injunção, sob pena de passar a pagar a pena pecuniária que houver sido pedida pelo impetrante na inicial, em valor razoável, até que cumpra a injunção.<sup>22</sup> Insistimos, aqui, mais uma vez, na responsabilização por descumprimento à ordem judicial, inclusive crime de desobediência por quem lhe der causa.

Isto demonstra um certo caráter mandamental no *writ*, cuja ordem se dirige não ao Poder Legislativo ou à autoridade incumbida de regulamentar o direito, mas a quem suportará os ônus da decisão. Daí, não concordarmos inteiramente com a observação de Volney Zamenhof de Oliveira Silva, transcrita anteriormente, sobre a natureza *não mandamental* do *writ* em tela. Deveras, a sentença, acatando o pedido do impetrante, a) declarará a lacuna da norma, a inviabilizar o exercício do direito; b) constituirá, *in concreto*, as condições de seu exercício; c) expedirá incontinenti a ordem injuncional a ser cumprida pelo destinatário, que suportará os ônus do direito do impetrante; e d) comunicará a decisão ao Poder Público competente, responsável pela lacuna, para que ele fique ciente de sua inação. Dita sentença surtirá efeitos até que a norma regulamentadora seja elaborada, quando, então, será substituída pela nova disposição. Isto não impedirá que quem suporte os ônus da injunção postule ao Poder Público omissio, por via ordinária, a reparação do que esteja a desembolsar.

Existe o argumento de que a pessoa (física ou jurídica) a suportar o mandamento injuncional não tem culpa pela omissão do legislador, de tal modo que não pode ser responsabilizado por essa inação, padecendo pela inércia do Poder Público. Mas este viés esbarra em um outro, de igual relevância: a inércia do legislador afeta diretamente um direito fundamental consagrado na Constituição, que deixa de ser exercido exatamente por esta falha. Há, portanto, um conflito a propósito de quem deverá suportar os ônus pela inércia do Poder Público. Particularmente, preferimos recorrer aos primados orientadores das teorias dos direitos fundamentais e da teoria geral da Constituição, para pendermos pela prevalência de que o Estado, como um todo, há de assegurar o exercício e gozo de direitos essenciais, seguindo a máxima eficácia constitucional. Sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, a omissão legislativa é mais prejudicial se não lograr nenhuma regulação estatal do que sendo providenciada alguma medida. Como parte do Estado, o

Judiciário está autorizado constitucionalmente a suprir a deficiência de outro órgão estatal. Deve, pois, fazê-lo, a fim de evitar profunda falha no exercício de direitos fundamentais conferidos pela Constituição. Demais disso, a medida judicial tem o papel, ainda, de forçar mais agentes da sociedade a exigir do Estado a regulação de direitos. Portanto, as pressões pelos cidadãos, pelo impetrante e pelo impetrado, pelo Judiciário, etc. são elementos muito importantes para compelir o legislador a suprir a lacuna que sua omissão provoca.

Referentemente aos efeitos da sentença no mandado de injunção, dois grandes grupos se firmaram: *concretistas* e *não-concretistas*. Para o primeiro grupo (concretista), a sentença tem de regular a matéria logo, de forma a alcançar todos quantos se encontrem afetados pela omissão do legislador (teoria concretista geral); ou, segundo uma facção dessa corrente, a sentença só regularia o direito no concernente aos litigantes, *inter partes* (teoria concretista individual). Já os prosélitos da teoria não-concretista, abraçada pelo STF, a sentença não regulamentaria a matéria de logo, limitando-se a: a) oficiar o Poder Legislativo, informando a sua omissão; e b) oficiar a autoridade administrativa, quando for o caso, para expedir a norma regulamentadora dentro de trinta dias. Apesar desse entendimento do STF, excepcionalmente, a Corte suavizou seu alcance ao autorizar que os beneficiários da sentença de mandado de injunção procurassem as vias ordinárias para postularem a reparação do dano sofrido pela omissão do Legislativo, com base no direito comum. Isto desde que o Congresso Nacional não regulamentasse a matéria no prazo indicado pelo Supremo Tribunal (seis meses).<sup>23</sup>

### 3 O DISSÍDIO COLETIVO TRABALHISTA

Da mesma sorte que o mandado de injunção, o dissídio coletivo é previsto constitucionalmente, preceituando o art. 114, CF, a propósito da competência da Justiça do Trabalho:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

[...]

§ 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de

proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

É da essência do dissídio coletivo o poder normativo da Justiça do Trabalho, consistente na possibilidade de estabelecer cláusulas abstratas que alcançam vários indivíduos. Esta atividade o aproxima da função legislativa, embora em menor dimensão, porquanto só se dará mediante provocação de algum interessado, em processo judicial (nos moldes do contraditório pleno), terá âmbito de abrangência restrito às categorias litigantes e a sentença normativa possuirá prazo de validade de até 4 anos (art. 868, CLT), admitindo sua revisão após o primeiro ano de vigência (art. 873, CLT).

Trata-se de ação com tramitação prioritária e, em razão da natureza da lide que encerra, não possui as mesmas dificuldades formais das ações em geral, sendo facilitado o acesso à Justiça (art. 860 e ss., CLT).

Não iremos nos preocupar, nesta oportunidade, com a legislação infraconstitucional, senão mencionando-a de modo meramente reflexo.

Contudo, urge lembrar ao leitor que o Direito Processual do Trabalho fora, outrora, ramo de vanguarda, e, hoje, encontra-se em dificuldade científica, arrastado e invadido pelo processo civil. As midi-reformas que o primeiro enfrentou nos últimos anos (aliás, por influência de técnica legislativa do último), não têm sido das melhores (execução de contribuições previdenciárias, rito sumaríssimo, assistência aos menores, custas processuais...). Desde a década de 40, o Processo do Trabalho oferece instrumentos coletivos para a defesa de direitos coletivos e metaindividuais, prevendo sentenças com eficácia abstrata, fenômenos que o processo comum só veio a se ater seriamente após a Constituição Federal de 1988. O exemplo que nos interessa, nesta oportunidade, é o do dissídio coletivo, cujo ato final é a sentença normativa proferida pelos tribunais do trabalho (TRTs e TST).

Através da ação de dissídio coletivo os legitimados procuram criar direitos, elastecê-los ou interpretar norma já existente. De fato, o dissídio coletivo de natureza *econômica*, que constitui a forma mais utilizada desta modalidade de demanda, é instaurado exatamente por não haver norma estabelecendo o direito material trabalhista. Acolhendo o pedido formulado na ação, a sentença normativa criará o direito material, suprimindo a lacuna ou a insuficiência da norma, em benefício dos trabalhadores de uma determinada categoria ou de certa empresa. É a sentença normativa deve estar afinada com o princípio da *progressão das conquistas sociais*, de tal sorte que haverá de respeitar os direitos previstos na legislação e nas negociações coletivas anteriores. Ela não deve operar *in pejus* dos direitos já conquistados pelos trabalhadores.

Em 20/3/2003, o TST cancelou a Instrução Normativa n. 4/93, que disciplinava o ajuizamento de dissídio coletivo na Justiça do Trabalho e que, na realidade, dificultava o exercício desta garantia pelos sindicatos e pelo Ministério Público do Trabalho, pois criava um ambiente de extremo formalismo, propiciando uma enxurrada de extinção do processo, sem julgamento de mérito, da grande maioria destas ações. Aliás, no campo coletivo, o Direito Processual do Trabalho sofreu inúmeras restrições e incontáveis vezes. E, exemplo máximo, os dissídios coletivos não tiveram, nos últimos anos, o merecido tratamento pelos tribunais do trabalho. As orientações normativas provenientes do Tribunal Superior do Trabalho foram (e são), não raramente, contrárias ao trabalhador; seu conteúdo é muito mais empresarial.

Quanto a este tratamento conferido ao dissídio coletivo pelos tribunais do trabalho, é suficiente constatarmos, na prática, fundamentação para negar cláusula de direitos postulados pela entidade sindical dos trabalhadores, assim: “Cláusula X. Indefere-se, porque não há lei que a assegure”. E, na mesma sentença normativa: “Cláusula Y. Indefere-se, porque a lei já trata da matéria”. Ora, o ajuizamento do dissídio coletivo, em sua feição econômica, se dá exatamente quando ausente previsão no ordenamento. Se já houver esta previsão, logicamente o dissídio não será necessário, porque o direito já estará assegurado pela norma, o que desafiará, então, outro tipo de ação, no primeiro grau de jurisdição. Logo, as duas cláusulas de sentença mencionadas neste parágrafo trazem uma contradição interna, sendo que a primeira delas é, *a priori*, juridicamente inadmissível.

Nas questões veiculadas nos dissídios coletivos, o que está em discussão é algo muito mais do que simples enfoques jurídicos, técnicos. Sobrelevam aspectos econômicos, financeiros e sociais. As regras procedimentais precisam, de fato, ser mais fluidas para facilitar o acesso ao enfrentamento destas questões. Não é possível importar o formalismo do Processo Civil, como o fazia a Instrução Normativa n. 4/93-TST.

Por isto, aplaudimos o TST quando, em 20/3/03, cancelou referida Instrução Normativa. Acreditamos que, agora, haverá abertura maior para o ajuizamento de ações de dissídios coletivos, superando os tantos entraves processuais e procedimentais que ela criava. Os novos tempos nos levam a ir mais além: esta abertura alcançará, também, o direito material e o modo dos tribunais do trabalho apreciarem as cláusulas (normativas e obrigacionais) dos dissídios coletivos.

O poder normativo da Justiça do Trabalho é de suma importância. As críticas que a ele se opõem são derivadas muito mais da forma como os tribunais o têm interpretado e aplicado do que a sua instituição em si. Revista a posição dos tribunais do trabalho, que é imprescindível, o poder normativo voltará a ter o seu relevante papel nos cenários jurídico, econômico e político. Com esta visão, a Justiça do Trabalho não pode abrir mão dele, através do que desempenha imensa contribuição para a sociedade.

A possibilidade de se retirar o poder normativo da Justiça do Trabalho na reforma do Judiciário não nos anima muito, exceto se faltar uma revisão crítica

e prospectiva do atuar dos tribunais do trabalho. Admitimos que a prática dos tribunais do trabalho no campo coletivo, nos últimos anos, sobretudo no referente ao direito de greve (quase sempre concluído pela abusividade deste direito), não tem sido animadora. Tem-se a idéia de que os tribunais do trabalho: *a)* não souberam exercer o poder normativo, deixando de compreender a importância do instituto e de fazer uso das soluções mais equânimes ao conflito coletivo; e *b)* têm admitido a idéia de ficarem sem referido poder, pensando que o erro é do instituto em si, quando, na verdade, o equívoco e as deficiências partem das carências dos próprios magistrados e atores processuais.

O legislador de 1943, ao instituir o poder normativo, confiou na sapiência e sensibilidade dos tribunais do trabalho, órgãos que tinham, ainda por cima, em sua estrutura, representantes das classes de trabalhadores e de empresários. O fim da representação classista pela Emenda Constitucional n. 24/2000 não retirou o fundamento deste poder nem o dificultou, porquanto os obstáculos no seu desempenho já vinham sendo sentidos há anos, com a tradicional estrutura da Justiça do Trabalho. A *ratio juris* do poder normativo não era a estrutura da Justiça do Trabalho, mas, sim, a inevitabilidade de se atribuir a um órgão do Estado a incumbência de resolver conflitos coletivos, movimentos paredistas, que tanto prejuízo podem causar à sociedade, à economia do país, à produção nacional, e, exatamente por isto, reclamam pronta solução. Por serem coletivos, tais conflitos justificavam (e deveras justificam) emergencial e especial pacificação. O órgão escolhido foi a Justiça do Trabalho, por sua afinidade com as relações trabalhistas. Esta *ratio juris* continua a mesma. O que é preciso é conscientizar os tribunais do trabalho da importância de se aproximarem mais das bases dos fomentadores da produção, dos trabalhadores e dos empresários, da imperiosidade de se *antennarem* com a economia do país e de serem mais sensíveis aos reclamos das classes sociais. Isto, com certeza, aprimoraria o instituto, tornando-o um poderoso instrumento de justiça e de pacificação de conflitos, ao invés, simplesmente, de fulminá-lo. E, de quebra, acarretaria respeitáveis bônus ao Judiciário.

A complexidade de um dissídio coletivo, a trama de interesses que encerra e a dimensão da sua profunda conflituosidade, com alcance em uma coletividade de pessoas, a afetar o âmago das relações de produção, lembramos o mitológico Juiz Hércules, imaginado por Dworkin: sábio, com conhecimento universal e dotado de extrema sensibilidade social, jurídica e política.

#### 4 DISSÍDIO COLETIVO E MANDADO DE INJUNÇÃO

Percebe-se que o tão polêmico poder normativo da Justiça do Trabalho mostra-se mais eficaz, até certo ponto, do que o mandado de injunção, apresentando-se técnica e cientificamente mais apto a tutelar os direitos sociais.<sup>24</sup> Há facilidade no processamento, no rol de legitimados (ativa e passivamente), na amplitude do objeto e nas regras de competência.

A única desvantagem técnica repousa em que o exercício do Poder Normativo não se presta a amparar interesses individuais, porquanto o processo

de dissídio coletivo é próprio dos interesses coletivos ou categoriais. Tanto que apenas as entidades sindicais e o Ministério Público do Trabalho detêm legitimidade para ajuizá-lo, no interesse das categorias e na defesa do interesse público. Desta forma, o indivíduo só verá seu interesse individual protegido se este for comum ao dos demais membros da categoria, a ponto de conformar o interesse coletivo. Sozinho, não terá acesso à tutela normativa dos tribunais do trabalho exercida nos dissídios coletivos. Já no mandado de injunção há esta possibilidade de defesa individual, pelo jurisdicionado em geral. De todo modo, apesar desta perspectiva do dissídio coletivo, a limitação é justificável e admissível, considerando a finalidade e a natureza da ação, que é a de regulamentar relações de trabalho no âmbito coletivo. No mais, porém, o dissídio coletivo é mais vantajoso para o sistema, limitando-se, porém, ao jurisdicionado trabalhador.

O poder normativo pode abranger qualquer tema trabalhista, regulado ou não pela CF; ao passo que o mandado de injunção se limita às hipóteses em que a falta de norma regulamentadora inviabilize o *exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*. O poder normativo pode regulamentar a matéria mesmo quando já existente lei a respeito, no fito de aprimorá-la, de lograr maiores vantagens para os trabalhadores ou com a finalidade de reduzir, parcial e provisoriamente, alguns dos direitos do empregado (é o caso do *acordo japonês*, que admite a redução salarial, proporcional à jornada e temporariamente); o mandado de injunção, segundo o STF, não. O limite do poder normativo está no art. 114, CF, apenas (existência de regras convencionais mais favoráveis ao trabalhador). As sentenças normativas podem ser alteradas por vontade das partes, após certo tempo (um ano), ou quando *“se tiverem modificado as circunstâncias que as ditaram, de modo que tais condições se hajam tornado injustas ou inaplicáveis”* (ação de dissídio de revisão: art. 873, CLT). Sua transitoriedade permite a correção de eventual erro, no futuro, e adequação do provimento judicial às circunstâncias que possam, sem ele, onerar as partes séria e indefinidamente. O rito célere do dissídio coletivo, com prioridade sobre outras questões, não afasta, de todo modo, a fase instrutória, a tentativa de conciliação entre empregadores e empregados, bem ainda a discussão sobre a matéria de fato e de direito, possibilitando maior liberdade à dirimência pelo julgador, que se socorre da equidade e do bom-senso (art. 766, CLT). Pode a sentença retroagir à data-base da categoria, mesmo quando a sentença seja proferida meses depois do ajuizamento da demanda (art. 867, parágrafo único, CLT), autorizando indenização ou pagamento das parcelas vencidas.

No mandado de injunção, a prova é pré-constituída, o juízo se prende, primordialmente, a questões de direito (ausência ou não de norma), a possibilidade de conciliação é praticamente impossível (porque não se pode *negociar* com o legislador a sua omissão nem *discutir* os termos de legislação futura; a matéria é de ordem pública, inerente ao próprio ordenamento estatal e à preservação de direitos e garantias fundamentais). O próprio rito do mandado de injunção é mais formal, exigindo maior técnica processual e possui alcance limitado ao impetrante, não servindo para discutir a incidência retroativa do direito conferido na decisão.

A concessão de direitos no mandado de injunção a determinado indivíduo pode ocasionar futura discussão a propósito da igualdade de tratamento entre pessoas que se encontrem na mesma situação fática; ao passo que a sentença normativa não acarreta isto, porquanto abrange toda a categoria, todos quantos estejam na mesma situação fática, ligados pelo vínculo jurídico coletivo/categorial, preservando a igualdade entre eles. E, neste caso, se eventualmente ocorrer esta discussão, a CLT oferece instrumentos processuais para superar o problema, como, p. ex., através da ação de extensão das vantagens obtidas no dissídio coletivo (art. 868).

No mandado de injunção, a sentença possui efeitos *concretos* entre os litigantes, e, dependendo da corrente (se concretista, imediata ou não), os direitos só serão conferidos após a concessão de um prazo à autoridade incumbida de legislar a matéria. A sentença normativa proferida no dissídio coletivo, diversamente, tem efeitos *erga omnes*, extensível a todos da categoria, entrando em vigor imediatamente, cuja inobservância autoriza incontinentemente a proposição de ação de cumprimento na Vara do Trabalho (art. 872, CLT).

## 5 CONCLUSÕES

Postas as considerações acima, defendemos que o poder normativo da Justiça do Trabalho seja aprimorado, ao invés de extirpado, e que haja, para tanto, maior investimento na qualificação e conscientização dos magistrados dos tribunais do trabalho, aproximando-os mais das bases produtivas da sociedade e da economia nacional. A perspectiva atual, demonstrada pelas decisões normativas, tem sido a de um descompasso entre a Justiça do Trabalho e os interesses das categorias, o que, felizmente, foi minimizado com o cancelamento da Instrução Normativa n. 04/93, em março de 2003.

O mandado de injunção, instrumento fadado a ter grande aplicabilidade e inestimável relevância para o exercício de direitos fundamentais, obteve tratamento minimizador pelo Supremo Tribunal Federal, a ponto de se tornar imprestável e sem sentido no ordenamento brasileiro.

De todo modo, considerando as dificuldades processuais e as criadas pelo STF ao mandado de injunção, o dissídio coletivo apresenta mais vantagens aos trabalhadores, bastando, apenas, uma vontade maior dos tribunais do trabalho em prestigiar o instrumento, o que ora se propugna.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEVES, Celso. Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção. *Revista LTR*, São Paulo: LTR, 52(11):1315-1320, nov./1988.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção: estudos e considerações*. São Paulo: Editora Paumape, 1988.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. *Lineamentos do mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>1</sup> Cf. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 271-273.

<sup>2</sup> A LC 75/93 confere poderes ao Ministério Público da União para promover 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, quando difusos os interesses a serem protegidos” (art. 6º, VIII).

<sup>3</sup> “O litisconsórcio necessário, à conta de natureza da relação jurídica, tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar o seu direito subjetivo” (STF/2ª T., RE 100.411-RJ, Rel. Min. Francisco Rezek).

Porém: a União Federal não é parte legítima para compor o pólo passivo do mandado de injunção, porque não possui iniciativa legislativa, bem assim o particular afetado pelo ato (STF/Pleno, MI 369-6-DF, Min. Francisco Rezek, j. 19.08.92, *Revista LTR* 57-04:432).

Contrário ao litisconsórcio por particulares: STF, AgRg 335-1, Rel. Min. Celso de Mello; MI 502-8, Rel. Min. Maurício Corrêa; MI 288-6-DF, Rel. Min. Celso de Mello. Para o Supremo Tribunal Federal, os particulares não possuem atribuição nem poderes para legislar, competência esta exclusiva do poder público. Daí porque o STF entendeu que os particulares não podem figurar como parte, no pólo passivo da demanda, nem como litisconsortes. Mais um ponto em que discordamos da Colenda Corte.

<sup>4</sup> NEVES, Celso. Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção. *Revista LTR*, São Paulo: LTR, 52(11):1315-1320, nov./1988, p. 1.319.

<sup>5</sup> STF, MI n. 175-8 (AgReg.), Rel. Min. Paulo Brossard, j. 22.3.90; STF-MI n. 44 (AgrReg.), Rel. Min. Moreira Alves, j. 15.2.90.

Cfr., ainda, STF-MI 3475/400, Ac. TP, 07.05.93, Rel. Min. Néri da Silveira, onde são citados vários outros mandados de injunção, igualmente não conhecidos pelo STF, em especial quanto à isonomia salarial e reajustes de remuneração (*Revista LTR*, 58-09:1057-1060).

<sup>6</sup> TRT/3ª Reg. 2.243/92, Ac. 1ª T., Rel. Juiz Aguinaldo Proliello, DOE 02.12.92, *Synthesis* 18/94; TRT/PR 0144/89, Ac. 1ª T. 0547/90, Rel. Juiz Dêlvio José Machado Lopes, DJ 31.1.90, *Rev. Synthesis* 11:310; e COAD-Consultoria Trabalhista, n. 08/96, verbete 9462.

<sup>7</sup> Cf. STF-MI 3475/400, Ac. TP, 07.05.93, Rel. Min. Néri da Silveira, acórdão cujo Relatório demonstra haver sido aplicado o rito do mandado de segurança àquele mandado de injunção – *Revista LTR*, 58(09):1057-60.

<sup>8</sup> STF: MI 536-2-MG, Rel. Ilmar Galvão; MI 530-3-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; MI 342-SP, Min. Celso de Mello; MI 535-4-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão.

<sup>9</sup> STF/Pleno, MI 369-6-DF, Min. Francisco Rezek, j. 19.08.92, *Revista LTR* 57-04:432.

<sup>10</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 334.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 335.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 337.

<sup>13</sup> A maior prova de cabimento do mandado de injunção na Justiça do Trabalho encontra-se no art. 105, I, h, CF, que atribui competência originária ao STJ para processar e julgar “o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”.

No entanto, mais uma vez a jurisprudência é incansável e impiedosa, deixando de admitir mandado de injunção na Justiça do Trabalho (TRT/PA 2.236/89, Ac. 626/90, Rel. Arthur Francisco Seixas dos Anjos; *Synthesis* 11:273).

<sup>14</sup> STF, *Revista LTr* 54-11:1318.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 151-153, *passim*.

<sup>16</sup> Trecho citado no Ac. STF-MI 3475/400, Rel. Min. Néri da Silveira, in *Rev. LTR*, 58(09):1059. No mesmo sentido, cf. AI (AgReg.) n. 79-4 (Rel. Min. Octávio Gallotti); AI (AgReg) n. 81-6 (Rel. Min. Celso de Mello) e MI n. 84-1/400 (DJ de 14.04.91, p. 2.566), todos do STF.

<sup>17</sup> STF/Pleno: MI 361-1; STF/Pleno, MI 342-4-SP; MI 73-DF; MI 438-2-GO; STF/Pleno, MI 20.

<sup>18</sup> SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. *Lineamentos do mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 60.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 59-60.

<sup>20</sup> SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção: estudos e considerações*. São Paulo: Editora Paumape, 1988, p. 47.

<sup>21</sup> “Não pode o Poder Judiciário fixar prazo para o suprimento de omissão legislativa do Congresso Nacional, quando o Estado não é o sujeito passivo do direito constitucional não regulamentado por lei, porque não é possível impor sanção pelo seu descumprimento” (STF, MI 491-9-EDcl, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Deixou claro o STF, noutro julgado, ao estabelecer prazo para o poder competente regular a matéria, que, persistindo a mora do legislador, “é de assegurar-se de logo ao interessado, por ela prejudicado, a possibilidade de exercitar o seu pretense direito por meio de ação ajuizada nos termos do direito comum” (STF/Pleno, MI 429-3-RJ).

Noutra oportunidade: “Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional cujo exercício dependa de norma regulamentadora”, sendo impossível o pleito injuncional (STF/Pleno, MI 462-5-MG).

<sup>22</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 61.

<sup>23</sup> STF, MI 439-1-RJ, Rel. Min. Moreira Alves.

O mandado de injunção constitui uma dos raros institutos jurídicos que atrai certa unanimidade da doutrina, pelo menos no que se refere aos efeitos da sentença. A doutrina acolhe maciçamente a teoria concretista individual; mas o STF, voz isolada, faz interpretação reducionista da ação constitucional epigrafada.

<sup>24</sup> Na prática, os tribunais do trabalho, a começar pelo TST, têm se mostrado acanhados no desempenho dessa função normativa. Dispõem de um instrumento importantíssimo, mas não o exploram devidamente.

## “MANDADO DE INJUNÇÃO” AND “DISSÍDIO COLETIVO” IN LABOR LAW: COMPARISONS, DIFFERENCES AND ADVANTAGES.

### ABSTRACT

The so-called “mandado de injunção”, a legal instrument aimed at making possible the exercise of civil rights whose fulfillment is impaired by legal

omission, was virtually suppressed before the Federal Supreme Court. On the other hand, the so-called “dissídio coletivo”, a kind of lawsuit involving professional categories, is being hampered by labor courts, which are avoiding dealing with economic and social debates between workers and employers. In any case, the “dissídio coletivo”, when well used by the Superior Labor Court (TST) and the Regional Labor Courts (TRT's), appears to be more suitable than the “mandado de injunção” in order to accomplish social rights, especially the collective rights, as considered inside the so-called social progression doctrine.

### **KEYWORDS**

“Mandado de injunção”. “Dissídio coletivo”. Normative judgement. Process labor law. Constitutional lawsuit. Civil rights.

## **LE MANDAT D'INJONCTION ET LA SENTENCE NORMATIVE COLLECTIVE: COMPARAISONS, DISTINCTIONS ET AVANTAGES**

### **RÉSUMÉ**

Le Mandat d'Injonction, tel qu'instrument crée à rendre possible l'exercice de droits fondamentaux endommagés par l'omission législative, a perdu son essence devant le Suprême Tribunal Fédéral. La sentence normative collective, de son tour, se trouve rendue difficile par les tribunaux du travail, qui se sont éloignés des discussions économiques et sociales des travailleurs et des employeurs. De toute manière, ce genre de sentence, si bien utilisé par TST et par les TRTs, se montre plus appropriée de ce que le mandat d'injonction pour l'effectivité de droits sociaux, surtout ceux collectifs, à l'intérieur de la doctrine de la progression sociale.

### **MOTS-CLÉS**

Mandat d'injonction. Sentence normative collective. Jugement normatif. Droit de la Procédure du Travail. Action constitutionnelle. Droits fondamentaux.

# O PROCESSO: ESPAÇO DE DESCOBERTA OU DE CONSTRUÇÃO DE VERDADES?

Horácio Wanderlei Rodrigues\*

1 A polifonia da lei. 2 O ato interpretativo como ato definitório. 3 Os requisitos retóricos do ato interpretativo. 4 O processo como instrumento de produção do conhecimento. 5 Aplicação do direito processual: instrumentalidade, efetividade e acesso à justiça.

## RESUMO

A polifonia da lei. O ato interpretativo como ato redefinitório. Os requisitos retóricos do ato interpretativo. O processo como instrumento de produção de conhecimento. Aplicação do direito processual: instrumentalidade, efetividade e acesso à justiça.

## PALAVRAS-CHAVE

Processo. Interpretação. Verdade. Instrumentalidade. Efetividade. Acesso à justiça.

Questão de grande interesse quando se trata da interpretação da lei e da sua aplicação, refere-se ao problema da verdade. No campo processual torna-se ela ainda mais atraente, tendo em vista ser o processo um lugar privilegiado de produção de conhecimento<sup>1</sup>, em especial o jurídico. É dos diversos aspectos que essa questão envolve que se tratará nas páginas que seguem.

---

\* Mestre e Doutor em Direito pela UFSC (SC), onde é Professor Titular de Teoria Geral do Processo e Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (em nível de especialização). Nessa IES já exerceu também os cargos de Coordenador de Estágios, Coordenador do Curso de Graduação em Direito e Chefe do Departamento de Direito. Foi Professor Titular, Chefe de Departamento e Diretor da Faculdade de Direito da UNISC (RS) e Professor Titular da UNISUL (SC). Também professor convidado para cursos de Pós-Graduação da FDC (PR), da FURB (SC), do IBEJ (PR), da UESB (BA), da UFAL (AL), da UFF (RJ), da UFMA (MA), da UFPE (PE), da UNERJ (SC), da UNIMAR (SP), da UNIP (SP), da UNIPÊ (PB), da UNISC (RS), da UNISINOS (RS) e da UNIVALI (SC). Escreveu os livros *“Ensino jurídico: saber e poder”*, *“Ensino jurídico e direito alternativo”*, *“Acesso à justiça no direito processual brasileiro”* e *“Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos”*; 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 vários artigos em coletâneas e revistas especializadas. Integrou, de 1996 a 1998, a Comissão do Exame Nacional de Cursos (“Provão”) para a área de Direito. É consultor *ad hoc* do CNPq e das Comissões de Especialistas em Ensino Jurídico da SESU/MEC e do Conselho Federal da OAB.

## 1 A POLIFONIA DA LEI

Uma das grandes descobertas na área da teoria do Direito refere-se à comprovada pluralidade de sentidos das normas jurídicas e à validade que se pode ou não atribuir a cada uma delas. Embora correndo o risco de tornar este trecho do texto muito duro, em razão das longas citações, parece necessário resumir as posições básicas de Kelsen sobre esse tema, expostas em sua Teoria Pura do Direito, tendo em vista a seriedade e consistência de suas posições.

Kelsen<sup>2</sup> divide a interpretação em autêntica e não autêntica. A primeira é realizada pelo órgão que o aplica e a segunda pela ciência jurídica. Referindo-se à interpretação autêntica, ensina que o sentido verbal da norma nem sempre é unívoco e que o órgão que tem de aplicá-la encontra-se, muitas vezes, perante várias significações possíveis. Salienta ele que:

O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme o Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Kelsen<sup>4</sup> continua a exposição de suas idéias salientando que: "*de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar, possa ser preferida à outra*". Com essa afirmativa, o autor deseja deixar claro que os instrumentos de interpretação não possuem o condão mágico de fazer surgir a verdade real sobre o conteúdo das normas jurídicas e que podem, inclusive, gerar resultados opostos. A sua análise sobre a questão interpretativa continua com uma série de outras observações fundamentais:

*Direito positivo.* Relativamente a este, a produção do acto jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é,

realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o acto. (...)

Se queremos caracterizar, não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva (...).

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. (...)

Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito.

A seguir Kelsen<sup>6</sup> analisa a questão da interpretação do Direito realizada pela ciência jurídica. Novamente seus ensinamentos são de grande valia:

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. (...)

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação 'correta'. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.

Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico. Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão somente um juízo de valor político.

As posições kelsenianas aqui expostas levam a algumas conclusões básicas: (a) o direito positivo é composto por normas que possuem um conteúdo impreciso. Em outras palavras, as normas jurídicas não possuem univocidade significativa; (b) os métodos de interpretação não são instru-

mentos suficientes para eliminar as imprecisões e descobrir o real conteúdo normativo; (c) todo ato de interpretação jurídica efetuado pelos órgãos aplicadores do Direito é um ato de criação jurídica e não simplesmente de elucidação do seu conteúdo intrínseco; (d) todas as interpretações lógicas possíveis de uma mesma norma jurídica possuem igual validade; (e) a opção do aplicador do Direito recai sempre, em cada caso concreto, sobre apenas uma das possíveis leituras da norma; e (f) a atribuição de sentidos unívocos às normas jurídicas é uma ficção que regra geral possui objetivos políticos. Em resumo, pode-se dizer, com Warat<sup>7</sup>, que todo ato interpretativo não passa de uma redefinição direta ou indireta das palavras da lei.

## 2 O ATO INTERPRETATIVO COMO ATO REDEFINITÓRIO

Toda definição é uma forma de explicitar os critérios segundo os quais se pode efetivar um processo de classificação, delimitando quais os objetos que pertencem e quais os que não pertencem a uma determinada classe. Quando se estabelece que X, e não Y, é critério definitório de uma determinada classe de objetos, se está nela incluindo determinados objetos e excluindo outros. Pode-se dizer, então, que definir é estabelecer os critérios segundo os quais um signo pode ser utilizado para se referir a um determinado grupo de objetos.

Quando se utiliza a expressão redefinir, se está pensando no processo pelo qual se alteram os critérios de utilização de um signo (sua designação), possibilitando, dessa forma, uma alteração no conjunto de objetos que ele passa a incluir (sua denotação). Ou seja, há a alteração do seu significado, permitindo sua aplicação a objetos antes não considerados.

Segundo Luiz Alberto Warat, os denominados métodos de interpretação da lei estudados pela hermenêutica tradicional são, na realidade, recursos tópicos para a produção de redefinições das palavras da lei, sempre determinados por fatores axiológicos:

De forma mais ampla podemos dizer que toda vez que no uso contextual de um termo são alterados os critérios de relevância regularmente explicitados, isto é, a significação de base do aludido termo, ocorre uma redefinição.

Para redefinir os juristas interferem diretamente sobre as significações dos termos, propondo novas regras designativas, ou realizando uma forma indireta de interferência. Na segunda hipótese, pode este modo redefinitório aparecer como um conjunto de argumentos retóricos [...] impõem-se nos contextos onde as propostas de novas significações são consideradas arbitrárias ou lingüisticamente impossíveis.

A redefinição pode dar-se, então, de forma direta ou indireta. A vagueza e a ambigüidade, vistas como imprecisões significativas da lingua-

gem, permitem a primeira dessas formas. Nela há uma mudança direta na definição do termo, incluindo ou excluindo critérios de sua aplicação. Essa atitude tem conseqüências diretas para o mundo do Direito:

Generalizando, é possível afirmar que ao se estabelecer que A, e não B, é característica definitiva de um termo contido na norma,<sup>10</sup> está-se alterando as conseqüências jurídicas da mesma.

Quando se decide mudar os critérios de relevância para a formação de uma classe, a definição explicativa<sup>11</sup> produz um verdadeiro processo de redefinição do termo.

Os valores jurídicos segurança e eqüidade, fundamentais para o mundo do Direito, são, regra geral, os elementos utilizados retoricamente para demonstrar a procedência dessas (re)leituras das normas.

No que se refere à redefinição indireta, segundo Warat, ela se utiliza das variáveis axiológicas, do recurso às teorias, da adjetivação desqualificadora, da análise retórica dos fatos e das alterações sintáticas.<sup>12</sup>

As variáveis axiológicas são expressões que não possuem uma significação descritiva clara. Sua utilização, em determinadas situações concretas, associadas aos termos utilizados para descrevê-las, geram uma alteração no sentido tradicional desses termos. São expressões como, por exemplo, inépcia e incompetência. Uma petição inicial inepta e uma sentença proferida por juiz incompetente já não possuem os mesmos sentidos que teriam sem a presença dessas variáveis.

As teorias jurídicas também são formas de alteração do sentido da lei. Na área do direito processual, a adoção de uma visão procedimentalista ou de uma visão instrumentalista na leitura e interpretação da legislação processual, leva a atribuir-lhe sentidos e conseqüências diferenciados.

Os adjetivos desqualificadores são aquelas expressões que anulam propriedades normalmente emprestadas a um substantivo. Uma sentença nula já não é uma sentença, pois seus efeitos são totalmente diferenciados. Saliente-se, no entanto, que a adjetivação desqualificadora, em muitas situações, aproxima-se e até mesmo confunde-se com a utilização das variáveis axiológicas.

A análise retórica dos fatos é uma forma de redefinição dos dados e não da lei. Através dela, expõem-se os fatos valorando determinados aspectos em detrimento de outros, atribuindo-lhes, dessa forma, determinado sentido. Ou seja, o juízo de valor utilizado na exposição para valorar alguns aspectos e não outros busca demonstrar como real uma determinada leitura dos fatos, mostrando-a inclusive como oriunda de uma comprovação empírica.

Por último, as alterações sintáticas. A redação legislativa é, em muitos momentos, falha no que se refere à correção sintática dos textos legais. Esse

fato pode levar a utilização retórica dessas imperfeições, buscando com isso redefinir o seu sentido teleológico.

É, no entanto, necessário destacar algumas observações sobre essa visão do ato interpretativo defendida por Warat: (a) a redefinição dos textos legais, em especial a direta, possui limites de aceitação. Esses limites estabelecem um significado de base mínimo e são fixados pelos paradigmas teórico e empírico dominantes (doutrina e jurisprudência legitimadas); (b) o desrespeito a esses limites inviabiliza, na prática, a aceitação da nova interpretação dada à norma; e (c) a hermenêutica jurídica clássica e a teoria do Direito oferecem um farto instrumental tópico-retórico que permite que as redefinições se façam de forma indireta. Essa forma de redefinir é mais eficaz, tendo em vista que provoca menos reações adversas.

O que Warat busca demonstrar é que a lei, por ser construída em linguagem natural<sup>13</sup>, pode ser redefinida, direta ou indiretamente. Também, como os métodos de interpretação e as teorias jurídicas são, na realidade, instrumentos redefinitórios do conteúdo das normas jurídicas, servindo para atribuir-lhes o sentido desejado pelo intérprete. Ou seja, a hermenêutica e as teorias jurídicas produzem um instrumental persuasivo que auxilia o intérprete e o aplicador do Direito a convencerem os destinatários da norma de que a decisão tomada é a correta. Sua função é política e não científica, pois não levam ao descobrimento da verdade jurídica.

Essa tese defendida por Warat é extremamente importante, pois demonstra que o ato interpretativo não é um ato de descoberta, mas sim um ato de atribuição de sentido, de construção do conteúdo do ordenamento jurídico. A consciência desse fato é fundamental, pois permite compreender que o ato de interpretação não é um ato técnico, mas sim político.

### 3 OS REQUISITOS RETÓRICOS DO ATO INTERPRETATIVO

É exatamente em razão da possibilidade de redefinição dos textos normativos que o ato interpretativo necessita, ao lado do cumprimento dos requisitos formais, cumprir também, no que se refere ao conhecimento produzido, determinados requisitos simbólicos. São eles que geram, em razão de vínculos axiológicos, a aceitação da interpretação e do sentido atribuído a uma determinada norma.

Utilizar-se-á, para se referir a eles, a denominação utilizada por Nilo Bairros de Brum para referir-se aos requisitos simbólicos da sentença: requisitos retóricos. São eles, tendo por base os enumerados por esse autor: (a) requisito de verosimilhança fática; (b) requisito da legalidade; (c) requisito da adequação axiológica; e (d) requisito da neutralidade do intérprete. Para Brum<sup>14</sup>, “todos esses requisitos retóricos podem ser resumidos em duas linhas de argumentação que têm por fim conciliar os dois valores máximos entre os quais se situam as ideologias jurídicas: *segurança e equidade*”.

O primeiro requisito retórico, da verosimilhança fática, exige que se demonstre a relação entre os fatos mesmos e a descrição que deles se faz. Busca dar à interpretação um efeito de verdade<sup>15</sup>. Esse requisito tem uma vinculação muito forte com o elemento probatório. Na descrição dos fatos o intérprete utiliza o conjunto das provas existentes como um *topos*<sup>16</sup>, buscando dessa forma estabelecer o convencimento de que os fatos ocorreram exatamente da forma que ele está descrevendo. Uma vez firmada a leitura dos fatos, a aplicação do Direito torna-se bem mais simples.

O segundo requisito retórico, da legalidade, busca dar à interpretação um efeito de segurança. Parte-se do princípio de que não é boa estratégia argumentativa colocar-se contra a legalidade. A aspiração de segurança jurídica deve ser atendida, sob pena de ser a interpretação considerada ilegal ou arbitrária. Ou seja, qualquer que seja o sentido atribuído à lei, deve ele parecer estar contido, de alguma forma, na previsão genérica do legislador, ou, em outras palavras, deve apresentar-se como decorrente da previsão legal.

O terceiro requisito retórico, da adequação axiológica, busca demonstrar que a interpretação atende aos valores jurídicos e sociais, cumprindo, portanto, a sua finalidade. Busca, dessa forma, dar à interpretação um efeito de justiça. Na dimensão axiológica está um momento extremamente importante e delicado, porque os valores contidos na significação de base da norma podem estar em conflito com os valores hegemônicos na sociedade<sup>17</sup>. A exigência de que a interpretação, além de legal, deva ser justa, coloca o intérprete, em muitos momentos, diante do dilema de optar entre a segurança e a equidade, devendo, no entanto, deixar a impressão de que não houve tal opção valorativa.

O quarto e último requisito retórico é o da neutralidade<sup>18</sup> do intérprete. Esse requisito visa consolidar simbolicamente a interpretação, atribuindo caráter de cientificidade aos três efeitos alcançados pelos requisitos anteriores: de verdade, de segurança e de justiça. Ele transporta para o ato interpretativo as idéias de objetividade e racionalidade da ciência positivista do Direito.

#### 4 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE PRODUÇÃO DE CONHECIMENTO

Todo ato cognoscente guarda uma relação de segredo com o seu objeto de conhecimento. Quanto menos aspectos da realidade são expostos, mais aspectos são omitidos - mantidos em segredo. Nesse sentido, toda relação de conhecimento se dá, de certa forma, por ação e omissão. De outro lado, o objeto nela produzida é o resultado do ato cognoscitivo exercido por determinado sujeito através de um método específico. Aquele aprecia o objeto a partir das categorias e das técnicas que o último coloca à sua disposição.

Também o faz com uma certa carga de subjetividade, decorrente das especificidades da sua própria visão do mundo.

Em toda relação cognoscente o produto final - o conhecimento produzido - sempre será fruto, pelo menos em grande parte, das duas outras variáveis: sujeito e método. Essas variáveis influenciam e são influenciadas pelo objeto trabalhado, fazendo com que o resultado do ato de conhecimento sempre enuncie determinados dados e omita outros. Quanto mais rígido, inflexível e unívoco procure ser o instrumental utilizado, mais parcial será a produção do conhecimento por ele determinada. A neutralidade e a pureza metódicas são formas de encobrir as parcelas da realidade que não interessam ou não podem ser desvendadas.

Todas as teorias jurídicas que tentam apreender o objeto Direito, vendo dele apenas um aspecto, como faz o positivismo jurídico, acabam encobrindo - mantendo em segredo - uma grande parcela da realidade, que não são capazes de perceber. Essa forma de atitude cognoscitiva faz com que a informação produzida seja parcial, desvinculada da concretude social. No entanto, se o seu paradigma teórico e metódico for o dominante, ela pode acabar sendo aceita como conhecimento total, o que acarreta uma série de repercussões em nível da prática.

O processo jurisdicional, embora normalmente não seja analisado e nem visto sob esse prisma pelos processualistas, é um método (instrumento) de produção de conhecimento. Tanto é assim, que o processo jurisdicional, em sua espécie mais característica, denomina-se processo de conhecimento.

Em razão desse aspecto é importante pensar duas questões: (a) como ele funciona como método de produção de conhecimento; e (b) qual o seu objetivo.

Como se viu anteriormente, a legislação e os fatos trazidos ao processo podem ser lidos e interpretados de diversas formas. Autor e réu têm, com certeza, análises diferenciadas de um mesmo fato e propostas de soluções jurídicas não coincidentes. O processo deve, então, funcionar como um método dialético de produção de conhecimento, em seu sentido clássico, no qual se apresenta uma tese, à qual se contrapõe uma antítese, buscando-se dessa forma chegar ao conhecimento da realidade em sua totalidade e devir.

Quanto mais dialético for o processo (em obediência ao princípio constitucional do contraditório), mais próxima da realidade poderá ser a aplicação do Direito por parte do juiz. No entanto, a subjetividade do ato de interpretação da lei e dos fatos, bem como do próprio Direito, vinculados à inexistência, na prática, da neutralidade judicial, demonstram a impossibilidade de se garantir, de forma peremptória, que essa aplicação se dará exatamente de acordo com a realidade. Ao lado disso, o processo, em muitos momentos, apresenta-se apenas formalmente dialético, como por exemplo nas situações de revelia.

É nesse momento que entra em discussão a segunda questão anteriormente colocada: qual o objetivo do processo? Se o objetivo do processo for atingir a verdade, então tem-se um problema, tendo em vista a impossibilidade de alcançá-la. Mas esse, com certeza, não o é. A busca da verdade, a aproximação com a realidade, são apenas meios para que o processo atinja seu objetivo: resolver conflitos de interesses, com justiça, mantendo dessa forma a ordem social através da afirmação do poder estatal.

Elemento fundamental que contribui para a compreensão de como o processo funciona como método de produção de conhecimento é a dimensão argumentativa que a prova assume no seu interior e no seu desenvolvimento. Segundo Brum:

É na forma de argumento que a prova aparece nos arrazoados da defesa ou da acusação. Nestes, a prova é usada para convencer o juiz, para persuadi-lo a tomar determinadas decisões. É na forma de argumento que a prova aparece na fundamentação da sentença, quando o juiz procura justificar sua decisão perante as partes, os tribunais e a comunidade jurídica.

Neste sentido, as provas, tomada essa palavra na sua acepção de meios de prova (...), nada mais são que suportes sobre os quais vai agir um cabedal de recursos argumentativos fornecidos pela lei, doutrina e jurisprudência específicas. É a aplicação desse saber ou dessa arte em cima<sup>19</sup> da massa das provas que vai dar sentido ao conjunto probatório.

Nesse sentido, pode-se dizer que as provas aparecem nos processos como *topoi*<sup>20</sup> privilegiados, sendo que os fatos que compõem o conflito de interesses levado a juízo não são analisados unicamente pelo aspecto descritivo do conjunto probatório, mas também pelos elementos prescritivos presentes na construção e na leitura de cada prova.

Lembre-se, que o procedimento probatório é um lugar privilegiado para a produção de definições persuasivas. É que a verdade processual funciona<sup>21</sup> como valioso argumento para a construção de tais definições.

A impossibilidade da produção da verdade no processo fica demonstrada exatamente quando se analisa a questão da prova. É necessário para isso perceber-se pelos menos três diferentes situações: (a) a realidade mesma que busca ser provada no processo; (b) os elementos probatórios trazidos para demonstrar essa realidade. Esse conjunto de provas, saliente-se, já não é a realidade mesma, mas sim a sua descrição; e (c) a leitura que as partes e o juiz fazem das provas presentes no processo. Essa leitura, principalmente por parte do juiz, já é uma leitura da realidade extremamente mediatizada e, portanto, comprometida com a espécie de mediação ocorrida.

Aqui ganha importância a concepção do processo como método. Quando se interpreta a legislação processual, ou quando se a elabora, deve-se sempre privilegiar a construção que garanta um método capaz de produzir um conhecimento que seja o mais adequado para que o processo atinja seus objetivos.

Um processo com as mais amplas garantias de manifestação das partes e de produção de provas, com certeza pode produzir um conhecimento de melhor qualidade e mais próximo da realidade, trazendo maior segurança. No entanto, pela sua morosidade, pode impedir que o processo alcance seus objetivos. A justiça lenta não é justiça, além do que a demora do Estado em fazer valer o seu Direito pode levar a novas desobediências e a criação de conflitos sociais generalizados.

Nesse conflito entre segurança e justiça, perenemente presente no Direito, coloca-se o desenho de um modelo processual que possa, enquanto método, não apenas de produção de conhecimentos, mas principalmente de resolução de conflitos, atingir seus escopos maiores. E na busca desses, nem sempre a verdade será o elemento principal. Exemplo concreto, na legislação brasileira, é a proibição constitucional de utilização de provas obtidas através de meios ilícitos (art. 5º, LVI, Constituição Federal). Fosse a verdade o objetivo central do processo, não se poderia negá-la, mesmo que obtida ilicitamente.

## 5 APLICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL: INSTRUMENTALIDADE, EFETIVIDADE E ACESSO À JUSTIÇA

Pontes de Miranda<sup>22</sup>, referindo-se à interpretação das regras de direito processual destaca que: “Nunca se deve perder de vista que são regras para realização do direito objetivo e resolução de conflitos, de modo que esse caráter há de inspirar o legislador”. Essa inspiração não deve, entretanto, ser apenas do legislador, mas também do intérprete e do aplicador do direito processual. Segundo ele: “Na interpretação mesma da regra de direito processual não se deve adotar a que lhe atribua dificultar ou diminuir eficácia das regras de direito material, como se ela criasse óbice ou empecilho à prestação de direito material”.<sup>23</sup>

Para Galeno Lacerda, há interesse público maior na área do direito processual do que a determinação do rito: “o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser”. E continua ele:

Cabe, portanto, ao intérprete e ao aplicador do Código, antes de afoitar-se a uma solução drástica e frustrante, perquirir se, acaso, acima do interesse formal que lhe parece imperativo, não se sobrepõe outro interesse público mais alto, que lhe desbrave o caminho para o justo e para o humano.

No momento em que se descobre a verdadeira hierarquia de interesses tutelados pelos textos de um Código, desvenda-se o

sentido profundo e vital do sistema que o anima. Neste sentido, tratando-se de um Código de Processo, o interesse público superior, que o inspira e justifica, é que se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material. Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização do direito material.<sup>24</sup>

Essas observações de consagrados processualistas brasileiros ratificam a assertiva anteriormente feita, ao tratar da interpretação teleológica, quando se afirmou que essa, em matéria de direito processual, configura-se em função de sua instrumentalidade. O que cabe aqui relembrar, tendo por base a obra clássica de Dinamarco, *A instrumentalidade do processo* (1987), é que: (a) essa instrumentalidade não pode ser vista apenas como a instrumentalidade do instituto processo, mas sim como a instrumentalidade do sistema processual como um todo; e (b) essa instrumentalidade não se dá apenas em relação à atuação do direito material, escopo jurídico da jurisdição. Ela se dá também em relação aos seus escopos sociais e políticos.

Nesse sentido, quando se trata dos escopos da jurisdição (que por via de conseqüência são também os do direito processual) busca-se definir quais são os seus objetivos concretos. Esses, segundo Dinamarco, são três: (a) o jurídico, segundo o qual a jurisdição serve para atuar concretamente o Direito; (b) o social, que engloba a pacificação social com justiça e a educação para o exercício dos direitos e obrigações; e (c) o político, que inclui a afirmação do poder do Estado (de sua capacidade de decidir imperativamente) e a garantia de participação democrática e controle desse poder pela sociedade (concretização do valor liberdade).

Portanto, a interpretação e a aplicação do direito processual devem sempre levar em consideração a instrumentalidade do sistema em seus aspectos negativo e positivo:<sup>25</sup> (a) negativo, por não priorizar o meio em relação ao objetivo, ou seja, o aspecto formal do rito em detrimento do Direito mesmo; e (b) positivo, por buscar sempre atribuir-lhe um sentido que garanta a sua efetividade e o cumprimento da garantia constitucional de acesso à justiça.

Um dos grandes serviços que os processualistas prestaram, nas últimas décadas, à teoria do Direito, foi a comprovação do comprometimento axiológico e ideológico das instituições processuais. Isso gerou a necessidade de repensar o significado da imparcialidade dos juízes, no processo. Na realidade contemporânea do estado intervencionista, deve o juiz estar atento aos resultados sociais, econômicos e políticos que a sua decisão pode provocar.

A postura instrumentalista que, segundo Dinamarco,<sup>26</sup> se espera hoje do juiz, é a de que não se retraia, que participe da instrução, que apenas se satisfaça com o resultado da instrução quando o seu senso de justiça estiver satisfeito e que dê aos textos legais a interpretação que permita fazer justiça no caso concreto.

Para ele, a sobrevivência, em pleno estado intervencionista, de níveis intoleráveis de prevalência do princípio dispositivo se deve ao:

[...] preconceito consistente em considerar o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado. Essa neutralidade ideológica é, na realidade, sobreposição de posturas ou intuítos conservadores.

A instrumentalidade do processo, como método e como sistema, aos valores presentes no âmbito da Constituição, do direito material e à idéia de acesso à justiça, visto esse como o “*acesso à ordem jurídica justa*”, nas palavras de Watanabe<sup>28</sup>, impõe que se o veja hoje não mais como mero instrumento técnico, mas sim como instrumento político fundamental de construção da ordem democrática.

Em razão disso, o seu comprometimento passa a ser fundamentalmente com esses valores. Para atingi-los, a busca da verdade, no processo, é um meio importante. Mas não deve nunca ser visto como um fim em si mesmo. O mundo do Direito é o mundo dos valores. E esses nem sempre estão exatamente ao lado daquilo se convencionou denominar de verdade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980.
- DINAMARCO, Cândido R. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 1986.
- \_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 1987.
- \_\_\_\_\_. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio-Amado, 1979.
- LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- \_\_\_\_\_. O código e o formalismo processual. *Ajuris*, Porto Alegre, X(28):7-14, jul. 1983.
- \_\_\_\_\_. O juiz e a justiça no Brasil. *Revista de Processo*, a. 16, n. 61, p. 161-177, jan./mar. 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: RT, 1993.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. VI.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

\_\_\_\_\_. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: S. Fabris, 1984.

\_\_\_\_\_. *Introdução geral ao direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

---

<sup>1</sup> Não se está aqui falando de conhecimento científico.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio-Amado, 1979, p. 465.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 466-467.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 468.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 470-471.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 472-473.

<sup>7</sup> WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>10</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 39.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 42

<sup>12</sup> *Ibid.*, passim.

<sup>13</sup> Entende-se por linguagem natural aquela que é utilizada ordinariamente na comunicação comum e cujos signos possuem imprecisões significativas. Contrapõe-se ela às linguagens técnicas e unívocas, como a da matemática.

<sup>14</sup> BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980, p. 87.

<sup>15</sup> Hoje se tem consciência, em razão dos avanços na área da teoria do conhecimento, que, tanto no cível como no crime, só se pode, em matéria de provas, atingir-se a verdade formal. No entanto, em nome da segurança jurídica, “a coisa julgada transforma a verossimilhança em uma presunção absoluta de verdade” (*Ibid.*, p. 77).

<sup>16</sup> O significante *topos* é o singular de *topoi*. Os *topoi* são diretrizes retóricas, lugares comuns revelados pela experiência e aptos a resolver questões vinculadas a círculos problemáticos concretos. Operam como fio condutor, de natureza retórica, para toda a seqüência de argumentos que determinam o efeito de verossimilhança da conclusão (WARAT, 1984, passim.). São estereótipos, mitos, mistificações, nos quais se buscam pontos de convergência e derivação para justificar um determinado ponto de vista. Operam, dessa forma, como ponto de referência de todas as provas utilizadas para legitimá-lo.

<sup>17</sup> Ocorre uma lacuna axiológica. Essa ocorre quando há uma norma legal aplicável a um caso concreto, mas a sua aplicação à aquela situação específica leva a uma decisão injusta, que não está de acordo com os valores sociais hegemônicos.

<sup>18</sup> Utiliza-se aqui propositalmente o termo neutralidade para caracterizar este requisito retórico, e não imparcialidade, como poderia parecer mais apropriado. É que, em nível simbólico, o que se busca é demonstrar a inexistência de qualquer caráter axiológico ou ideológico na interpretação atribuída à lei.

<sup>19</sup> BRUM, *op. cit.*, p. 70.

<sup>20</sup> A expressão *topoi* é o plural de *topos*, cujo sentido já foi esclarecido em nota anterior.

<sup>21</sup> WARAT, *op. cit.*, p. 34.

<sup>22</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I, p. 68.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>24</sup> LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Ajuris*, Porto Alegre, X(28):7-14, jul. 1983, p. 10-11.

<sup>25</sup> Sobre os aspectos negativo e positivo da instrumentalidade ver o livro *A instrumentalidade do processo* (1987), de Cândido Rangel Dinamarco, em especial seu capítulo IX, denominado "A instrumentalidade e seu duplo sentido".

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>28</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 128.

## LEGAL PROCESS: FINDING OR BUILDING THE TRUTH?

### ABSTRACT

The variety of meanings in laws. Interpreting as re-defining. The rhetoric requirements of interpreting. Lawsuit as an instrument of producing knowledge. Legal process: instrumentality, effectiveness and access to justice.

### KEYWORDS

Lawsuit. Interpretation. Truth. Instrumentality. Effectiveness. Access to justice.

## LA PROCÉDURE: ESPACE DE DÉCOUVERTE OU DE CONSTRUCTION DE VÉRITÉS?

### RÉSUMÉ

La polyphonie de la loi. L'acte interprétatif tel qu'acte de redéfinition. Les conditions rhétoriques de l'acte interprétatif. Le processus tels qu'instrument de production de connaissance. Application du droit processif : instrumentalité, efficacité et accès à la justice.

### MOTS-CLÉS

Processus. Interprétation. Vérité. Instrumentalité. Efficacité. Accès à la justice.

# IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO LIVRO ELETRÔNICO

Hugo de Brito Machado\*

Hugo de Brito Machado Segundo\*\*

Introdução. 1 Teses restritivas da imunidade do livro. 2 Interpretação adequada da norma imunizante. 2.1 A expressão gramatical do dispositivo. 2.2 O conceito de livro. 2.3 Os métodos “clássicos” de interpretação. 2.4 A finalidade das imunidades. 2.5 A interpretação constitucional e a força normativa dos princípios. 3 Insubsistência das teses restritivas. 3.1 A tributação dos produtos de informática e o “futuro da fiscalidade”. 3.2 Imunidade tributária e capacidade contributiva. 3.3 Interpretação literal, integração analógica e aspectos correlatos. 4 Livro eletrônico e isonomia. 5 Manifestações da jurisprudência. Conclusões.

## RESUMO

Imunidade tributária do livro eletrônico. O conceito de livro. Restrições à aceitação da imunidade. Interpretação da norma imunizante contida no art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal de 1988. Finalidade da imunidade tributária do livro. A fiscalidade e a extrafiscalidade da norma imunizante. Imunidade tributária do livro eletrônico e isonomia.

## PALAVRAS-CHAVE

Imunidade. Tributação. Livro eletrônico. Extrafiscalidade. Isonomia.

Das tabuinhas xilográficas para os tabletes de argila, dos rolos manuscritos aos volumes em pergaminho e destes para os impressos em papel; dos estiletos para os pincéis e as penas de pato, destas para as metálicas e para os tipos móveis, o livro chegava assim ao que até agora é a sua última metamorfose técnica: a composição e impressão eletrônicas.

Paralelamente, das bibliotecas lenhosas e minerais para as da Antigüidade e da Idade Média, dos catálogos em fichários de cartão para os catálogos informatizados, também as bibliotecas estão acolhendo em número crescente o que Herbert Mitgang, do New York Times, denominou em 1990 ‘O livro sem papel’ (the paper-less book).<sup>1</sup>

\* Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Membro do IFA – *International Fiscal Association*. Desembargador Federal (aposentado) do TRF da 5.<sup>a</sup> Região. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET.

\*\* Advogado em Fortaleza. Mestre em Direito pela UFC. Membro do Instituto Cearense de Estudos Tributários. Membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Christus.

## INTRODUÇÃO

Questão de grande relevo é a de saber se a imunidade concedida pelo artigo 150, VI, “d”, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) alcança os discos de CD-ROM e similares, cujo conteúdo seja equivalente ao de livros, jornais e periódicos de papel, e que por isso são chamados de “livros eletrônicos”<sup>2</sup>.

Não obstante os discos de CD-ROM e similares também possam ter conteúdo diverso, tais como programas (jogos, planilhas de cálculo, etc.) feitos sob encomenda ou em larga escala, o que pode ter implicações tributárias relevantes, o presente estudo tratará apenas dos referidos livros, jornais ou periódicos “eletrônicos”, que com tais programas não se confundem.

O avanço tecnológico verificado desde a promulgação da Constituição de 1988 foi surpreendente. Referido progresso demonstra que, cedo ou tarde, os livros, jornais e periódicos eletrônicos predominarão sobre a versão de papel. Tal fato empresta ainda mais relevo ao tema aqui tratado.

Parte da doutrina se tem manifestado no sentido restritivo da norma imunizante, que não alcançaria livros, jornais ou periódicos feitos de outro material que não o papel<sup>3</sup>, razão pela qual a questão está a merecer esclarecimentos. É o que procuramos fazer por meio deste texto, na crença de estarmos assim contribuindo, ainda que modestamente, para a edificação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que o Brasil pretende ser.

### 1 TESES RESTRITIVAS DA IMUNIDADE DO LIVRO

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, ilustre Consultor da União e Procurador da Fazenda Nacional, em estudo de primorosa feitura e com muito boa argumentação, sustenta que “a extensão, para conferir imunidade aos veículos de topo da atual tecnologia, representaria uma integração analógica, que não é apropriada à espécie”. Para ele,

[...] talvez o constituinte não tenha pretendido estender a imunidade do livro, jornal e periódico e do papel destinado a sua impressão para o cd-rom e o disquete com programas, as fitas cassetes gravadas, etc., pelo fato de julgar que esses modernos meios de divulgação da moderna tecnologia não requeressem tal benefício, pelo fato de serem, em regra, consumidos apenas, por pessoas de melhor poder aquisitivo, olvidando a conveniência da extensão da imunidade, em comento, para a difusão destes novos meios<sup>4</sup> de veiculação de idéias, conhecimento e informação.

Em recente estudo, afirma ser...

[...] sensível aos argumentos de que a tendência é a disseminação cada vez maior do uso dos veículos de *multimedia*, de modo que

eles, cada vez mais, convivem com os nossos tradicionais livros, jornais e periódicos, podendo mesmo chegar ao ponto de substituir, completamente, as funções dos livros, jornais e periódicos amparados pela norma constitucional do art. 150, VI, 'd', mas aí haverá, certamente, emenda constitucional adequada com o fito de conservar a liberdade de expressão de pensamento e da transmissão de cultura e informação, sem a influência política.

Torres, no mesmo sentido, afirma que “não guardando semelhança o texto do livro e o hipertexto das redes de informática, descabe projetar para este a imunidade que protege aquele”.<sup>6</sup>

Para ele, “não se pode, conseqüentemente, comprometer o futuro da fiscalidade, fechando-se a possibilidade de incidências tributárias pela extrapolação da vedação constitucional para os produtos da cultura eletrônica”.<sup>7</sup>

Quanto à possibilidade de se atender à intenção do constituinte, sustenta o ilustre professor:

Quando foi promulgada a Constituição de 1988, a tecnologia já estava suficientemente desenvolvida para que o constituinte, se o desejasse, definisse a não incidência sobre a nova mídia eletrônica. Se não o fez é que, *a contrario sensu*, preferiu restringir a imunidade aos produtos impressos em papel.

Não obstante o brilhantismo de seus defensores, as teses restritivas da imunidade do livro não resistem a um exame mais detido da questão, conforme será demonstrado ao longo deste texto.

## 2 INTERPRETAÇÃO ADEQUADA DA NORMA IMUNIZANTE

### 2.1 A expressão gramatical do dispositivo

A redação do art. 150, VI, “d”, da CF/88 é a seguinte:

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

[...]

VI – instituir impostos sobre:

[...]

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

Em face da literalidade da regra acima transcrita, especialmente da parte final da alínea “d”, que alude ao papel destinado à impressão dos li-

vros, jornais e periódicos, pode parecer “claro” que a imunidade de que se cuida realmente não abrange os chamados “livros eletrônicos”, restringindo-se àqueles veiculados em papel. Entretanto, não se deve esquecer a advertência de Chaïm Perelman, para quem “a impressão de clareza pode ser menos a expressão de uma boa compreensão do que uma falta de imaginação”.<sup>9</sup> Com efeito, considerando o fato de que a citada norma foi simplesmente trazida de Constituições anteriores, e ainda tendo em vista a rápida e radical evolução que se está operando na maneira como a humanidade lê e escreve, toda essa suposta clareza desaparece.

## 2.2 O conceito de livro

Antes de recorrermos a outros métodos hermenêuticos, porém, parece-nos necessário compreender o que é um livro, encontrando a sua essência: aquilo que, presente, faz da coisa um livro e, retirado, faz com que a coisa deixe de ser livro. Determinada a essência, todo o resto será elemento accidental, que poderá perfeitamente ser alterado sem que o objeto deixe de ser um livro. O mesmo raciocínio vale para os jornais e para os periódicos.

Inicialmente, o homem desenhava nas paredes de cavernas. Enormes animais com flechas atravessadas simbolizavam uma caçada proveitosa. Desenhos, todavia, não eram suficientes para representar todas as situações, além de ocuparem muito espaço e demandarem tempo para serem elaborados. Surgiu, então, a escrita, cujo primeiro suporte físico foi a tábua de argila.

A tábua de argila, com o tempo, mostrou-se pesada e volumosa. Este estudo, se escrito em tal suporte físico, poderia pesar algumas dezenas de quilos. Para contornar esse inconveniente, outros materiais foram empregados: papiro, pergaminho, papel, etc. Paralelamente, o modo como as idéias eram inseridas em tais materiais também se aperfeiçoou: inicialmente manuscritos com cunhas, depois com penas de pássaros e tinta, os livros eram de feitura difícil e demorada, e por isso excessivamente caros; com a invenção da imprensa, o livro tornou-se mais barato e acessível, assumindo aos poucos formato que ainda hoje conhecemos.

O essencial ao livro, portanto, não é o papel, cujo emprego foi difundido apenas nos fins da Idade Média. Também não é essencial a forma com que o papel, o pergaminho, o papiro ou as tábuas de argila são enfeixados ou montados. Na verdade, tais suportes físicos apenas se tornam livros na medida em que veiculam determinado conteúdo, sendo – como toda concreção de uma idéia – constantemente aperfeiçoados na infinita busca do homem pela perfeição (argila? papiro? pergaminho? papel? disquete? CD-ROM? CD-R? CD-RW??).

É curioso observar que alguns dicionários, notadamente aqueles escritos há cinco ou mais anos, ainda conceituam o livro como sendo uma “reunião de folhas impressas ou manuscritas em volume”<sup>10</sup>, ou como “re-

nião de cadernos cosidos entre si e brochados ou encadernados”.<sup>11</sup> Todavia, sabe-se que até a Idade Média os livros eram em sua maioria rolos de pergaminho, e não folhas ou cadernos soltos, cosidos e montados em capa flexível ou rígida. Não seriam, então, livros? Caso não o fossem, surpresos ficaríamos em saber que Platão, Aristóteles e Santo Agostinho nenhum livro escreveram.

Por outro lado, e esse aspecto é da maior relevância, um livro caixa, destinado a registrar a movimentação contábil de uma empresa, vendido em branco, mas devidamente impresso com pautas e outros campos para preenchimento, é uma reunião de folhas ou cadernos soltos, cosidos ou por qualquer outra forma presos por um dos lados e enfeixados ou montados em capa flexível ou rígida. O mesmo se pode dizer de um livro de ponto, ou de atas. Não obstante, tais livros não são considerados como abrangidos pela imunidade tributária, tanto que sempre foram tributados normalmente. Ora, como “literalmente” o art. 150, VI, “d”, da CF/88 não faz qualquer restrição ao livro em branco, ao livro de atas ou ao livro de ponto, o que justifica a sua tributação é precisamente a preponderância do conteúdo sobre a forma na determinação do conceito de livro para fins de imunidade tributária. E - é preciso admitir - a racionalidade não pode funcionar apenas para restringir o alcance da letra da regra imunizante, sendo cega e incoerentemente abandonada pelo intérprete sempre que seu emprego levar ao resultado inverso.

Tudo isso mostra que uma determinada forma não é da essência do livro, que pode, atualmente, ser veiculado em meio eletrônico, através de qualquer suporte físico, sem deixar por isso de ser livro. Dicionários escritos há alguns anos ainda definiam o livro como sendo apenas o “de papel” não porque esse seja o único conceito possível de livro, mas tão somente porque essa era a sua forma mais comum à época em que elaborada a definição. Da mesma forma, um sumério que viveu no ano 3000 a.C definiria o livro como sendo uma coleção de tábuas de argila, o que obviamente não seria suficiente para reduzir de modo definitivo o conceito a esse elemento accidental de sua existência.

Tanto é assim que dicionários atuais, como é o caso do Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, cuja primeira edição é do ano de 2001, já conceituam livro não apenas como “coleção de folhas de papel, impressas ou não, cortadas, dobradas e reunidas em cadernos cujos dorsos são unidos por meio de cola, costura, etc., formando volume que se recobre com capa resistente”, mas, também, “considerado do ponto de vista de seu conteúdo: obra de cunho literário, artístico, científico, técnico, documentativo, etc., que constitui um volume”, e, ainda, “em qualquer suporte (p. ex. papiro, disquete, etc.)”.<sup>12</sup> Modernamente, portanto, mesmo do ponto de vista gramatical, o “livro eletrônico” é um livro, em face da evolução que se operou no objeto ao qual a expressão “livro” se refere.

Sobre o tema, Roque Antonio Carrazza proferiu notável parecer, do qual se transcreve o seguinte trecho:

O papel, apenas, foi, por largo tempo, o suporte material por excelência do livro, no sentido considerado pela Constituição, para fins de imunidade: veículo de transmissão de idéias. Inventado pelos chineses e trazido para a Europa nos fins da Idade Média, o papel, sendo muito mais barato, veio a substituir, com vantagens, o papiro, dos antigos egípcios. Mas, ninguém em sã consciência sustentará - mesmo nos dias que ora correm - que um papiro, contendo idéias, não é um livro.

Muito bem, com a evolução dos tempos, surgiram outros suportes materiais para o livro. Hoje temos livros informatizados. Mas, sempre livros, isto é, veículos de transmissão de idéias e, nesta medida, amparados pela imunidade do art. 150, IV, "d", da CF.<sup>13</sup>

Assim, a mesma história que foi transmitida por meio dos desenhos nas paredes de uma caverna hoje pode ser contada por meio de um CD-ROM e de um microcomputador, os quais, muito em breve, serão substituídos por um outro meio mais eficiente e prático.

É evidente que alguma razão faz com que aconteça a passagem de um suporte físico para outro. O homem não teria deixado de usar as tábuas de argila se o papiro não fosse mais leve e funcional. Certamente o livro impresso, com páginas numeradas, não teria substituído o rolo manuscrito se, também, não fosse de melhor manuseio. Em suma, não seriam substituídos os suportes físicos se os que substituem não apresentassem inúmeras vantagens. É o que ocorre com toda criação humana, por natureza a concreção imperfeita de uma idéia, e que por isso mesmo está em constante aprimoramento.

De igual maneira, o livro eletrônico, além de ocupar espaço físico cada vez menor, ainda é de pesquisa rápida e precisa, devido ao auxílio prestado pelo microcomputador na localização do texto desejado, por exemplo. Seu conteúdo é o mesmo dos velhos pergaminhos. A diferença está no modo como tal conteúdo é organizado e apresentado. O velho pergaminho, que não possuía índice ou números de páginas, cedeu lugar ao livro de papel. Este último, nos dias que ora correm, cede lugar ao livro eletrônico, que possibilita maior armazenamento, maior rapidez nas pesquisas etc.

São conhecidas de todos os que já se utilizaram de um livro eletrônico suas vantagens sobre os tradicionais livros de papel. O aprimoramento das tecnologias empregadas, a propósito, a cada ano acrescenta novas vantagens, e potencializa as existentes, ao mesmo tempo em que reduz os inconvenientes ainda existentes, tornando a nova tecnologia cada vez mais acessível, simples, prática e segura<sup>14</sup>.

Uma das inúmeras vantagens do livro eletrônico é representada por recurso chamado de *hipertexto*. Através dele, o leitor pode "cliquear"<sup>15</sup> determinada palavra, ou expressão, e ser guiado a outras áreas do texto, ou a outros textos, no qual o assunto é aprofundado, ou ainda a imagens ou sons

relacionados à palavra marcada<sup>16</sup>. Se o texto trata de medidas provisórias, e o autor faz referência ao art. 62 da CF/88, um simples clique sobre a palavra destacada faz com que o artigo da Constituição apareça na tela, para eventual verificação, inclusive com a opção de se conferir a redação do dispositivo antes e depois da alteração procedida pela Emenda Constitucional (EC) n. 32/2001. Pode-se dizer que representa a evolução da nota de rodapé contida nos textos escritos em papel.

Caso o livro verse sobre música, e em determinado trecho refira-se ao quarto movimento da 9ª Sinfonia de Beethoven, é possível que um simples clique nessa citação seja suficiente para que o computador toque um trecho da música, apresente a letra – no original alemão ou em qualquer outra língua – da letra da *Ode à Alegria*, ou ainda leve o leitor a outros textos relacionados à música clássica, a Beethoven ou a outros compositores de sua época, abrindo infinitas novas opções de pesquisa e tornando o estudo prático, proveitoso e prazeroso.

Note-se que o conteúdo permanece o mesmo. O hipertexto não passa de uma evolução significativa da antiga nota de rodapé. O livro eletrônico é o livro de papel evoluído, evidentemente, mas isso não altera em nada sua essência.

Desse modo, como os livros eletrônicos nada mais são que a nova forma assumida pelo livro, não configura “integração por analogia” nem “interpretação extensiva” a tese que defende sua imunidade. A Constituição Federal refere-se a livros, e livros eletrônicos são livros. Assim, restringir a imunidade constitucional aos livros de papel somente é fazer distinção onde o legislador não fez, prática condenada até pelos mais formalistas dos hermeneutas.

Não se pode negar, contudo, que embora o elemento literal permita a conclusão segundo a qual livros, jornais e periódicos “eletrônicos” são imunes, esse mesmo elemento, isoladamente, também pode autorizar a tese segundo a qual a imunidade abrange apenas aqueles veiculados em papel. Isso mostra a insuficiência desse método exegético, e a necessidade de se recorrer a outros elementos de interpretação, tendo sempre em mente a advertência de Pontes de Miranda, segundo a qual

[...] aplicar a lei porque está na lei, o resolver pelo sentido literal, porque assim quis o legislador, corresponde ao fazer porque está no Evangelho, no Tamulde, no Korão, no *Corpus Iuris*, porque o nosso pai fez, e ao ingênuo ‘porque mamãe disse’ das criancinhas (Compare-se L. v. Petrazycki, *Über die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts*, Berlin, 1907, 20, sobre explicação psicológica das normas éticas). Em tudo isso há muitíssimo de oracular e revela a relativa infância dos povos, da Humanidade.

À Ciência e não somente a ela, mas, pelo menos, principalmente à Ciência, é que deveremos o sair o *infantilismo* social e político,

que nos acorrenta a ridículos preconceitos, que não servem à ordem social.

Deve o intérprete (jurisconsulto, juiz) procurar, na aplicação da regra, não o conteúdo dos sinais ópticos ou sonoros (ordens verbais), mas, com o auxílio deles, o que se neles contém, mais ou menos o que se perdeu ou se argumentou no trabalho de expressão. Em vez de início em si, apenas é a lei a forma intermédia, durável, mas dúctil, para conservar o dado, ainda que isto o deforme.<sup>17</sup>

### 2.3 Os métodos “clássicos” de interpretação

Empregado o elemento histórico, vê-se que o livro eletrônico – a mais moderna forma de livro – não existia, ou pelo menos não era significativamente difundido, ao tempo da promulgação da Constituição. Vê-se, igualmente, que os livros eletrônicos estão substituindo, gradualmente, a sua versão de papel. A cada ano a evolução e a popularidade dos meios eletrônicos aumenta bastante. É inegável, porém, que toda essa mudança na realidade não alterou o substrato daquilo que a regra editada em 1988 visa a proteger, nem tampouco os valores que motivaram a elaboração dessa regra. Uma interpretação histórico-evolutiva, portanto, conduz com segurança à conclusão de que os livros eletrônicos são imunes.

Deve ser destacado, a propósito, que o emprego da interpretação histórica não significa a busca pela “vontade do legislador histórico”, a fim de compreender-se o que o constituinte subjetivamente “quis” ou “deixou de querer”<sup>18</sup>, mas sim buscar conhecer a realidade então disciplinada para que a norma atualmente interpretada seja compreendida em consideração à evolução que se operou nessa realidade.

Guiados pelo elemento sistêmico, verificamos que a regra imunizante deve estar em sintonia com as demais normas da Constituição, especialmente com aquelas que consagram os direitos e garantias fundamentais, vetores da interpretação de qualquer norma de nosso ordenamento. E assim, inevitável será a conclusão de que a interpretação abrangente da norma imunizante é a única forma de preservar tais garantias fundamentais, entre as quais estão os princípios que asseguram as liberdades de pensamento e de expressão, e que proíbem, por conseguinte, a censura, ainda quando exercida por meio de tributos.

Utilizando o elemento teleológico, atentando para a finalidade da norma imunizante, igualmente concluímos que esta deve abranger os chamados “livros eletrônicos”, pois o seu propósito é precisamente o de proteger e incentivar a difusão do pensamento veiculado nos mesmos, pouco importando se tal pensamento é veiculado através de marcas de tinta feitas sobre o papel, ou se através de *bits* armazenados em um meio eletrônico qualquer. De outro modo, a imunidade será amesquinhada por uma forma de esclerose precoce que em breve a invalidará<sup>19</sup>.

Quanto a este último ponto, existem ainda algumas imprecisões na doutrina quanto à verdadeira finalidade das imunidades tributárias, especialmente no que pertine aos livros, jornais e periódicos. A adequada compreensão dessa finalidade, contudo, é da maior importância, razão pela qual pedimos vênia ao leitor para nela nos alongarmos por mais algumas linhas.

## 2.4 Finalidade das imunidades

Sabe-se que o tributo possui outras funções que não a de mero instrumento de arrecadação. Podem, por exemplo, ser utilizados pelo Poder Público para incentivar ou desestimular determinadas condutas, dirigindo-as, interferindo na organização e na condução da sociedade. É a denominada função extrafiscal do tributo.

Os impostos de importação e de exportação, embora propiciem receita significativa para o Tesouro, são utilizados com essa função, porquanto se prestam precipuamente ao controle do comércio exterior e do abastecimento do mercado interno, ora desestimulando a importação de bens em favor de indústrias locais, ora estimulando essa mesma importação para incrementar a competição e forçar uma baixa nos preços, etc.

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), outro clássico exemplo de extrafiscalidade, incide com variadas alíquotas, dependendo da natureza e da essencialidade do produto. Sobre produtos considerados essenciais a alíquota é menor, chegando a zero. Para produtos considerados supérfluos, ou de utilização inconveniente, como é o caso do cigarro e da aguardente ou cachaça, incide a alíquota mais elevada.

Função extrafiscal tem também o Imposto Territorial Rural (ITR), utilizado com o propósito de desestimular a existência de grandes propriedades rurais improdutivas. Embora grandes imóveis rurais improdutivos sejam gravados por alíquotas que chegam a 20%, o seu propósito não é o arrecadatório, pois o gravame pode ser reduzido a 0,45% caso esse mesmo imóvel seja aproveitado e passe a cumprir sua função social. Para imóveis menores, aliás, a alíquota chega a 0,03%, deixando claro que o propósito de implementar uma política de reforma agrária prepondera sobre o intuito arrecadatório.

Tudo isso mostra como o tributo pode interferir, dificultar ou até mesmo impedir completamente o exercício de determinada atividade. Isso porque “o poder ilimitado de tributar significa o poder de destruir a liberdade, uma vez que quem controla a segurança econômica do homem também lhe controla a liberdade”.<sup>20</sup> Diante desse quadro, surgem as imunidades como instrumento de proteção de direitos fundamentais, a fim de que estes não sejam cerceados através da tributação<sup>21</sup>.

Fosse instituído imposto altíssimo sobre templos de qualquer culto, por exemplo, sem efeito estaria o direito ao livre exercício dos cultos religiosos,

assegurado pelo art. 5.º, VI, da CF/88. Caso não fosse vedado à União, aos Estados e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos, restariam seriamente avariadas as bases da democracia no País. Vedando a tributação recíproca entre União, Estados e Municípios, a Constituição preserva o princípio federativo, evitando que este sofra restrições decorrentes de tributação, com a qual uma entidade politicamente forte poderia destruir aquelas dotadas de menor poder político.

Analisando especificamente a imunidade positivada no art. 150, VI, “d”, da CF/88, verificamos ser ela garantia às liberdades de pensamento e de expressão, por ser o livro um veículo de divulgação de idéias, da livre manifestação do pensamento. Aliás, no caso dos livros, jornais e periódicos, o tributo poderia ainda ser utilizado não propriamente para destruir, mas para dirigir as atividades dos contribuintes, estimulando-as em alguns casos, e desestimulando-as em outros, o que seria muito pior. A finalidade da imunidade em questão, por isso mesmo, não é, como ingenuamente se pode imaginar, apenas o de baratear tais objetos, estimulando a educação e a cultura, mas sim o de excluir o tributo como instrumento de dominação estatal sobre as atividades relacionadas a tais meios de transmissão do pensamento, tão valiosos à preservação da democracia.

Isso porque, como ensina Aliomar Baleeiro,

[...] o imposto pode ser meio eficiente de suprimir ou embaraçar a liberdade da manifestação do pensamento, a crítica dos governos e a homens públicos, enfim, de direitos que não são apenas individuais, mas indispensáveis à pureza do regime democrático. E a prova disso é que tais impostos já tiveram gênese para esse fim e duraram em alguns países civilizados, até a segunda metade do século passado.

Baleeiro registra ainda que

[...] a Constituição optou pelos valores espirituais que, ao mesmo tempo, coincidiam com a necessidade de preservar-se a liberdade de crítica e de debate partidário através da imprensa. Estava muito recente a manobra ditatorial de subjugar o jornalismo por meio de contingenciamento do papel importado. E em país da vizinhança, a imitação do mau exemplo procurava abafar a voz de um dos mais reputados órgãos da imprensa sul-americana.

A imunidade tributária concedida ao livro, aos jornais e aos periódicos, portanto, não é mero “favor fiscal”, nem objetiva apenas uma melhoria na educação. Seu propósito é mais amplo, mais largo, e mais nobre: preservar as liberdades, especialmente a de pensamento, pois como adverte Pontes de Miranda, “se falta liberdade de pensamento, todas as outras liberdades hu-

manas estão sacrificadas, desde os fundamentos. Foram os alicerces mesmos que cederam. Todo o edifício tem de ruir”.<sup>24</sup>

Isso mostra a razão pela qual a atual Teoria Geral do Direito adverte o intérprete da singularidade da interpretação constitucional, a qual não deve ser interpretada somente através dos métodos tradicionais. A elevada carga principiológica das Constituições pós-modernas, permeadas de inúmeros princípios, explícitos e implícitos, e de regras que os concretizam e operacionalizam, impõe a adoção de postura hermenêutica mais cuidadosa, pois, conforme ensina Paulo Bonavides,

os métodos tradicionais, embora aplicáveis satisfatoriamente às leis do campo do Direito Privado, são, porém, de todo inadequados e insuficientes para captar o sentido das cláusulas não raro *principais* de uma Constituição ou o alcance normativo pluridimensional de um direito fundamental. A Constituição, de natureza, se apresenta, tanto quanto aquele, aberta e indeterminada, contendo cláusulas gerais e principais, cujo conteúdo só se completa no ato concreto de aplicação em face do problema.

Apesar disso, as teses restritivas da imunidade em questão, não obstante o respeito que de todos merecem os seus autores, cometem o elementar pecado de cuidarem de norma da Constituição como se de norma de lei ordinária se tratasse<sup>26</sup>. Realmente, não se deve interpretar uma norma imunizante como se interpreta norma instituidora de isenção. A norma imunizante de que se cuida foi encartada no texto constitucional para a proteção de valor fundamental da humanidade, que é a liberdade de expressão, sem a qual não se pode falar de democracia. Em vista disso, “deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”,<sup>27</sup> ou, como muito antes escreveu Pontes de Miranda, “se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insufla a mais ampla extensão jurídica”.<sup>28</sup>

A interpretação de norma constitucional sempre inspira cuidados. Atento ao princípio da supremacia constitucional, não pode o intérprete esquecer que a Carta Magna alberga os princípios fundamentais do Estado e que na interpretação de suas regras tais princípios devem ser vistos como um conjunto incindível e não podem ser amesquinçados por força do literalismo estéril que infelizmente ainda domina muitos juristas ilustres.

## 2.5 A interpretação constitucional e a força normativa dos princípios

Aspecto assaz relevante a ser considerado na interpretação constitucional, naturalmente nos ordenamentos jurídicos fundados em constituições rígidas, é a maior perenidade que se deseja imprimir às suas normas. Esse

desejo de maior rigidez impõe ao intérprete a atualização através da interpretação, como aponta, com inteira propriedade, Paulo Bonavides:

A adaptação da Constituição à sua época preocupa de maneira constante o formulador da nova concepção interpretativa, tanto que ao fator tempo atribui importância capital. Não é à toa que ele assevera ‘viver o Direito Constitucional *prima facie* numa específica problemática de tempo’ e que ‘a continuidade da Constituição somente é possível quando o passado e o futuro se acham nela conjugados.’

A controvérsia acerca dos métodos no Direito Constitucional é, em última análise, segundo Häberle, uma luta acerca do papel que deve caber ao tempo. A velha hermenêutica, pelo seu caráter mais estático que dinâmico, deve ser vista como instrumento por excelência das ideologias do *status quo*.

A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição permanece estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais,<sup>29</sup> como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora.

Com efeito, em ordenamentos como o alemão e o brasileiro, erguidos a partir de uma Constituição rígida, papel ainda mais importante adquire a interpretação constitucional. Diante das freqüentes mudanças na realidade, a norma constitucional começa a ter a cada dia menor utilidade, se imobilizada por uma interpretação literal, e rapidamente se fará necessária sua reforma, abrindo-se oportunidade para modificações indesejadas, com um conseqüente prejuízo para a segurança jurídica. Nas palavras de Bonavides,

com a Constituição petrificada, teríamos a rápida acumulação de elementos de crise, que sempre prosperam e rompem, por vias extraconstitucionais, o dique de formalismos e artifícios teóricos levantados nos textos pela técnica das Constituições. Desaconselhada a operação constituinte direta, em razão dos traumas que pode acarretar, ou bloqueado pela rigidez do processo revisor o apelo ao poder constituinte, só resta a via hermenêutica como a mais desimpedida de obstáculos à preservação da ordem constitucional.<sup>30</sup>

E nessa “atualização” das normas constitucionais, naturalmente, o intérprete há de guiar-se pela sua respectiva finalidade, como ensina Afonso Arinos, para quem a técnica de interpretação constitucional...

[...] é predominantemente finalística, isto é, tem em vista extrair do texto aquela aplicação que mais se coadune com a eficácia

social da lei constitucional. Esta interpretação construtiva permite, em determinadas circunstâncias, verdadeiras revisões do texto, sem que seja alterada a sua forma.<sup>31</sup>

O papel dos princípios constitucionais, por igual, é determinante quando se busca a adequada interpretação das regras jurídicas em geral, e especialmente das regras contidas na Constituição, que nada mais fazem que desdobrá-los. Aliás, se bem observarmos, veremos que todo Ordenamento Jurídico é composto de um ou alguns princípios fundamentais, que se desdobram em outros princípios decorrentes, e, posteriormente, em regras.<sup>32</sup>

Como se sabe, as normas jurídicas podem conter descrições hipotéticas de determinados fatos e prescrições a serem seguidas *se* e *quando* tais hipóteses se concretizarem, sob pena da cominação de uma sanção. Nesse caso, são chamadas *regras*. A imprevisibilidade das situações futuras, porém, torna insuficiente um ordenamento jurídico composto apenas de regras, pois os fatos futuros não ocorrem exatamente tal como descritos nas regras anteriormente elaboradas. A adequação das regras jurídicas aos casos concretos, aliás, é problema que atormenta a humanidade, pelo menos, desde Aristóteles. É nesse contexto que assumem importância os princípios, espécie de norma jurídica que não prevê hipóteses nem prescreve determinadas condutas, mas sim consagra determinados valores, a serem seguidos na elaboração e na aplicação de outros princípios, e especialmente das regras jurídicas.

São os princípios jurídicos, portanto, especialmente aqueles diretamente protegidos pela regra imunizante, que devem conduzir o intérprete na busca pelo verdadeiro sentido desta última. E, no caso de que se cuida, a imunidade tributária concedida aos livros, jornais e periódicos representa proteção à democracia, como decorrência do exercício das liberdades de pensamento e de expressão, porquanto proíbe o uso do tributo como instrumento oblíquo de censura a esses veículos de propagação de idéias. Esse é o valor protegido pela norma.

Como está havendo evolução no plano dos fatos, através da gradativa substituição do livro impresso em papel pelo livro eletrônico, é necessário considerar essa evolução na compreensão da norma. Assim, submetendo a nova realidade (livros eletrônicos) aos valores protegidos pela regra veiculada no art. 150, VI, “d”, da CF/88 (liberdade de pensamento e de expressão), conclui-se que o seu sentido abrange, inegavelmente, essas novas espécies de livro. E não há razão plausível para que não seja assim.

É importante, porém, examinar alguns dos argumentos aduzidos por aqueles que atribuem sentido restritivo à imunidade de que se cuida, limitando seu âmbito de incidência aos livros, jornais ou periódicos veiculados em papel.

### 3 INSUBSISTÊNCIA DAS TESES RESTRITIVAS

#### 3.1 A tributação dos produtos de informática e o “futuro da fiscalidade”

Grande confusão é feita por grandes juristas entre a informática e que através dela se faz ou veicula. Desfeita essa confusão, a questão da tributação dos “produtos de informática” pode ser objeto de soluções mais precisas e, eventualmente, bem mais simples.

A informática é apenas instrumento. É meio. Não se pode questionar se disquetes e similares são abrangidos pela norma imunizante do artigo 150, VI, “d”, da CF/88. O que neles está contido é que pode merecer referida imunidade, ou não.

Evidentemente um CD-ROM contendo um videogame (v.g. Fifa Soccer, Sim City, Test Drive, Flight Simulator, etc.) é diferente de um outro conteúdo o Repertório IOB de Jurisprudência, o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, ou o Código de Processo Civil com as valiosas anotações de Theotônio Negrão. O produto de informática, no caso, é somente o meio através do qual se materializa um brinquedo, um periódico, um dicionário ou um livro jurídico. Em todos os casos, o meio físico não passa de um CD.

Não se pode discutir, portanto, a tributação de produtos de informática genericamente. O que através do produto de informática é feito ou vendido é que deve ser objeto de análise detalhada.

Se, por hipótese, um grande jurista resolve responder consultas através da *internet*, incidirá sobre tal serviço o mesmo ISS que incidiria sobre a consulta oral ou escrita em papel. Não seria pelo fato de ser veiculado por meio eletrônico que tal serviço tornar-se-ia imune, pois, no caso, o papel, o disquete ou a *internet* são meios através dos quais se veicula o produto da prestação de um serviço. Da mesma forma, o livro pode ser disponibilizado em papel, em disquetes, em CD-ROM ou através da *internet*, sendo, independentemente do meio, imune.

Assim, naturalmente não é possível entender a imunidade como abrangente de todos os produtos de informática, nem tampouco considerar a imunidade do livro eletrônico um “risco” para o futuro da fiscalidade.

Pelo mesmo motivo que o papel abrangido pela imunidade é somente aquele destinado à impressão do livro, o produto de informática imune é somente aquele que constitui meio de materialização de livros, jornais e periódicos.

Não se deve, portanto, confundir *software*, de uma maneira geral, com livros eletrônicos, ou seja, *software* cuja essência é um livro, sob pena de se tributar um livro ou de se imunizar o que livro não é.

Portanto, os meios de gravação e disponibilidade (disquetes, CD-ROM e similares) não podem, de forma alguma, receber tratamento tributário indiscriminado. O tributo deve ser aquele devido pelo conteúdo e não pela forma.

Pensamos, por isso, que a imunidade alcança também as operações com disquetes similares virgens destinados à gravação de livros eletrônicos. Os disquetes virgens equivalem, para todos os efeitos, ao papel destinado à impressão dos livros, jornais e periódicos. São instrumentos de transmissão do pensamento, de disseminação cultural, cujo desenvolvimento não pode ficar vulnerável ao poder de tributar.

### 3.2 Imunidade tributária e capacidade contributiva

Equivocam-se, igualmente, os que afirmam que o livro eletrônico, por ser utilizado por aqueles que possuem elevada capacidade contributiva, não está a merecer a imunidade tributária. De plano, porque a verossimilhança da premissa segundo a qual o livro eletrônico somente é utilizado por pessoas de elevado poder aquisitivo é a cada dia menor, tendo em vista o barateamento e a difusão dos produtos de informática.

Além disso, a imunidade em tela não tem por finalidade apenas reduzir os custos dos bens imunes para adequá-los à capacidade contributiva de seus compradores, como pode à primeira vista parecer. Ela tem por fim proteger esses bens contra todo e qualquer tributo, na medida em que o tributo pode ser utilizado para inviabilizar a atividade tributada. Não se pode pensar nos tributos atualmente existentes, mas em tributos que poderiam ser criados até mesmo com o propósito de onerar excessivamente esses bens e, assim, prejudicar a divulgação de idéias, a disseminação da cultura. Por isto a Constituição, com a imunidade, protege a liberdade de expressão, pré-excluindo qualquer imposto sobre os veículos que viabilizam essa liberdade.

A imunidade do livro eletrônico, portanto, não possui a citada relação com a capacidade contributiva, nem muito menos implica maus tratos ao citado princípio.

### 3.3 Interpretação literal, integração analógica e aspectos correlatos

Não procede, outrossim, a tese que nega a possibilidade de integração analógica. Pelo contrário, a integração analógica é indispensável à efetividade da Constituição e de sua supremacia sobre as demais normas do ordenamento, inclusive aquelas que instituem os impostos. Na tarefa de fazer efetiva a Constituição tem-se de considerar aquelas lacunas que Karl English qualifica como verdadeiras, e cujo não preenchimento conduz a um momento de incongruência no sistema. Ademais, como vimos, o livro eletrônico é a mais moderna forma de livro. Dessa forma, por encaixar-se no conceito de livro, não configura analogia conceder-lhe o benefício da imunidade.

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, defensor de tese restritiva da norma imunizante, em outra ocasião, ao escrever sobre a possibilidade de incidência da COFINS sobre operações com imóveis, manifestou opinião

defendendo a mutabilidade dos conceitos. No seu entendimento, “hodiernamente, diante do surgimento das mega-metrópoles e da renovação da indústria da construção civil, os conceitos jurídicos se modificaram, de modo que as operações sobre imóveis não podem mais ser excluídas do regime jurídico dos atos do comércio...”.<sup>33</sup> Afirma ainda o ilustre procurador que os artigos 194 e 195 da CF/88 “demonstram o escopo do constituinte de que toda a sociedade financie a Seguridade Social, inclusive com as contribuições dos empregadores sobre o faturamento”.<sup>34</sup>

Como visto, o tributarista utiliza a interpretação histórico-evolutiva e a teleológica no escopo de ampliar o âmbito de incidência da norma tributária. Nada obstante, de forma incoerente e nada isonômica, assevera agora não serem adequados os mesmos métodos de exegese para consagrar princípios constitucionais como o das liberdades de expressão e de pensamento, abrigo do livro eletrônico na imunidade concedida pelo art. 150, VI, “d”, da CF/88.

Tomados os cuidados que devem ser dados às comparações, podemos afirmar que tal tese é tão absurda quanto a de se interpretar a norma penal extensivamente apenas quando esta prejudique o réu.

Devemos, no entanto, admitir que é realmente difícil a situação dos Procuradores da Fazenda, obrigados a defender teses indefensáveis, e, algumas vezes, como as acima apontadas, contraditórias, em defesa dos interesses cada vez mais ávidos do Poder Público. Dentro dessa situação, cabe reconhecer o esforço desses juristas, que com boa argumentação tornam aparentemente razoáveis teses absurdas.

De fato, não é admissível a utilização de interpretações extensivas para fazer incidir a norma tributária sobre operações anteriormente não tributadas. Tal procedimento é evidentemente contrário a todos os princípios de direito tributário. Todavia, ainda que isso fosse possível, o que se admite somente para fins de argumentação, forçoso seria dar o mesmo tratamento às normas imunizantes, sob pena de se esfalçar também o princípio da isonomia.

Com efeito, a Constituição consagrou princípios fundamentais que devem orientar a exegese das demais normas do ordenamento, sob pena de violação da supremacia constitucional. Não se concebe, portanto, que se interprete extensivamente em certas situações, para que o tributo seja devido, e restritivamente em outras, amesquinhando o sentido do comando Constitucional, para estiolar uma imunidade.

Negar essa imunidade é negar a supremacia constitucional, que não pode ser limitada pelo literalismo hermenêutico, expressão de ultrapassado e canhestro formalismo jurídico. Tem-se de considerar o elemento teleológico, ou finalístico, que nos indica ser a imunidade em questão destinada a impedir que funcione o tributo como instrumento contra a liberdade de expressão e de informação, de transmissão de idéias e de disseminação cultural. Inadmissível interpretação que impede a realização do princípio essencial albergado pela

norma imunizante, tolhendo sua função por uma forma de esclerose precoce, que se não harmoniza com o moderno constitucionalismo no qual se tem preconizado métodos específicos para a interpretação de normas da Constituição, em homenagem à sua supremacia no ordenamento jurídico.

Tem inteira razão Torres quando assevera ser “necessário que se afaste a banalização do conceito de imunidade, que adviria do abandono dos valores jurídicos e éticos que a fundamentam”.<sup>35</sup> Não podemos, por isto mesmo, concordar com a distinção preconizada pelo ilustre tributarista, entre cultura tipográfica e cultura eletrônica, para os fins da imunidade em questão, porque não nos parece razoável sacrificar o valor liberdade, prejudicando a liberdade de comunicação e expressão, nutrindo a preocupação em “comprometer o futuro da fiscalidade, fechando-se a possibilidade de incidências tributárias pela extrapolação da vedação constitucional para os produtos da cultura eletrônica”.<sup>36</sup>

Diante da inexorável tendência de substituição da cultura tipográfica, pela cultura eletrônica, ou se entende a imunidade em sentido abrangente desta última, ou se deixa estiolar a norma imunizante, que em breve restará inútil para a proteção dos valores mais caros da humanidade.

A preocupação fiscalista não justifica, de nenhum modo, que se abra mão dos instrumentos de proteção da liberdade de expressão, contra os ímpetos, cada vez maiores, do poder tributário, até porque não faltarão meios ao Estado de suprir suas necessidades financeiras, e certamente poderá fazê-lo, sem o sacrifício da liberdade de comunicação e de expressão.

Como já foi dito, cabe diferenciar, nos produtos de informática, seu conteúdo. Não são todos os produtos de informática que estão albergados pela imunidade. Os meios eletrônicos, como o nome está a dizer, são meios. Defende-se a imunidade do livro, seja qual for o meio em que esteja sendo veiculado. Não tem qualquer consistência, portanto, o argumento de que “a extrapolação da imunidade da cultura tipográfica para a cultura eletrônica significará deixar de fora da tributação todos os produtos e serviços relacionados com os computadores...”.<sup>37</sup> Como já foi explicado acima, que produtos e serviços relacionados com os computadores poderão ter o mesmo tratamento tributário daqueles produtos e serviços convencionais. Do mesmo modo, livros, jornais e periódicos relacionados com computadores terão o mesmo tratamento tributário dos convencionais: a imunidade.

Admitir o tributo sobre os instrumentos de comunicação e de expressão do pensamento é abrir caminho ao Estado autoritário, tal como admitir a censura. A tese de defesa da fiscalidade, como a da defesa da moralidade, pode ser sedutora sob certos aspectos, mas no fundo escondem a inaceitável proteção do autoritarismo.

O argumento de que o livro eletrônico é *hipertexto*, que difere do texto do livro impresso em papel, é, também, imprecedented. É natural que o

modo como é organizado o texto do livro eletrônico é diferente a fim de aproveitar as potencialidades do novo meio.

Como vimos anteriormente, descaberia mudar o suporte físico do livro se dessa mudança não tirássemos nenhum proveito. O livro cosido, “encadernado”, dividido em páginas numeradas, facilitou demais a pesquisa. Para quem estudava através de rolos de pergaminho, encontrar o texto desejado por meio de um índice, que indica a página, foi avanço incrível, mas que não descaracterizou o seu conteúdo: o livro.

O hipertexto, assim, é a vantagem proporcionada pelos meios eletrônicos. O texto pode ser entrado com maior rapidez e os temas relacionados podem ser obtidos através de um “clique de mouse”.

Pretender que o livro eletrônico não goze de imunidade pelo fato de não sofrer as limitações do livro de papel é inconcebível. É evidente que o homem, durante todo o curso da história, modificou o suporte físico do livro visando melhorá-lo. Os rolos de pergaminho certamente eram muito melhores que as tábuas de argila. Os livros de papel tradicionais certamente são muito mais fáceis de se consultar e guardar que aqueles rolos de pergaminhos. O livro eletrônico, obviamente, é muito melhor de se consultar e guardar que o livro tradicional, e seria incompreensível se não fosse assim.

Por outro lado, é certo que o constituinte de 1988 teve oportunidade de adotar redação expressamente mais abrangente para a norma imunizante, e não o fez. Isto, porém, não quer dizer que o intérprete da Constituição não possa adotar, para a mesma norma, a interpretação mais adequada, tendo em vista a realidade de hoje. Realidade que já não é aquela vivida pelo constituinte, pois nos últimos quinze anos a evolução da tecnologia, no setor de informática, tem sido simplesmente impressionante. Se em 1988 não se tinham motivos para acreditar na rápida substituição do livro convencional pelos instrumentos e meios digitais, os quais ainda eram ignorados pela imensa maioria das pessoas, hoje tal substituição mostra-se já evidente, embora o livro tradicional ainda não tenha perdido a sua notável importância.

A evolução, no setor da informática, é tão rápida, que o CD-ROM ainda nem ocupou espaços significativos no mercado brasileiro e já está sendo substituído, com imensa vantagem, por outras tecnologias, tais como o CD gravável (CD-R), o CD regravável (CD-RW), o DVD, *memory sticks*, entre outras. Por outro lado, os monitores de vídeo estão a cada dia com melhor nitidez e qualidade de imagem, tornando mais confortável a leitura; os computadores estão a cada dia mais rápidos e mais baratos, assim como o acesso à *internet*. A propósito, já se cogita até de aparelhos com o formato de um livro de papel, porém com um visor de alta resolução no lugar das páginas, e com capacidade para armazenar inúmeras obras literárias, artísticas ou científicas, que podem ser “baixadas” da *internet* e levadas a qualquer lugar, com a mesma portabilidade de um livro de papel. Há quem arrisque afirmar que, em algumas décadas, o visor de um dispositivo eletrônico pode-

rá ser tão fino, dobrável e nítido quanto uma folha de papel, possibilitando a existência de livros idênticos aos de papel, mas que podem ter o seu conteúdo trabalhado com um simples movimento dos dedos do leitor.

Não pode, pois, o intérprete, deixar de considerar essa evolução. Nem esperar que o legislador modifique o texto. O melhor caminho, sem dúvida, para que o Direito cumpra o seu papel na sociedade, é a interpretação inteligente do dispositivo constitucional, que entenda os vocábulos nele empregados à luz dos princípios jurídicos fundamentais da ordem jurídica, e da evolução dos fatos a eles subjacentes.

#### 4 LIVRO ELETRÔNICO E ISONOMIA

Além dos pontos a que já nos reportamos, ainda há ponto relevante da questão, apontado de forma magistral por Roque Antonio Carrazza, que é o respeito a importante desdobramento do princípio da isonomia.

Os livros eletrônicos, por contarem os recursos da informática, possuem implementos que facilitam sua compreensão por portadores de deficiências físicas ou mentais, bem como por analfabetos e crianças de pouca idade.

Alguns livros eletrônicos<sup>38</sup> oferecem a possibilidade de, mediante “clique” em local apropriado da tela do micro, o computador ler, em voz alta, o texto selecionado. Tal recurso torna o livro acessível a cegos, a analfabetos e a pessoas de idade avançada, que já não podem ler. Já existem versões onde o computador é capaz de ler todo o conteúdo do texto, e isso já é utilizado no auxílio à educação dessas pessoas.

Outras versões oferecem, através do hipertexto, a possibilidade de serem exibidas figuras ou animações, acompanhadas de sons, a fim de facilitar o entendimento do texto escrito. Dessa forma, uma criança que, ordinariamente, consideraria maçante o estudo de determinada disciplina, pode estudá-la com o auxílio de exemplos, figuras e sons, o que torna o aprendizado agradável e prazeroso. O deficiente mental, com a ajuda de sons e imagens, pode melhor compreender o texto, o que, no livro de papel, sem sombra de dúvida, seria muito mais difícil.

Caso prevalecessem as teses restritivas da imunidade do livro, teríamos patente violação ao princípio da isonomia, vez que cegos, deficientes, analfabetos e idosos, muitos dos quais têm direito a um tratamento privilegiado por expressa disposição constitucional<sup>39</sup>, arcariam com o ônus tributário, enquanto pessoas alfabetizadas e com pleno desenvolvimento físico e mental teriam acesso a livros baratos em virtude da imunidade.

Sobre o tema, notável é a lição de Roque Antonio Carrazza:

Uma pessoa alfabetizada, em perfeitas condições físicas e mentais, adquire uma Bíblia convencional (isto é, impressa em papel) e não suporta no preço deste Livro Sagrado, o ônus financeiro de

nenhum imposto. É o que literalmente dispõe o art. 150, VI, d, da Constituição Federal.

Já - se prevalecer a absurda e restritiva interpretação deste dispositivo constitucional - um deficiente (analfabeto, cego, idoso, etc.), ao adquirir o mesmo Texto Sagrado (só que, agora, adaptado a sua excepcional condição (por exemplo, uma Bíblia em vídeo), teria que suportar a carga econômica dos impostos que a precitada alínea *d* profilga.

[...]

Um cego, por exemplo,<sup>40</sup> será economicamente prejudicado justamente por ser cego.

Como conclui o ilustre tributarista, no caso, há uma aplicação inversa do princípio da igualdade, absolutamente inaceitável.

Assim, e em síntese, a restrição da imunidade aos livros de papel importaria, além de outros absurdos, em tratamento profundamente desigual e injusto, vez que onera o acesso do conhecimento por parte de cegos, analfabetos, crianças e idosos, bem como todo aquele que tenha qualquer tipo de deficiência que lhe dificulte a leitura.

## 5 MANIFESTAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA

A questão tratada no presente estudo não foi, ainda, solucionada de modo definitivo pela jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, embora tenha proferido alguns acórdãos atribuindo interpretação restritiva ao art. 150, VI, “d”, da CF/88, no que pertine à tinta e demais materiais utilizados na feitura de livros de papel<sup>41</sup>, não apreciou ainda a questão relacionada ao livro veiculado em meios eletrônicos.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, contudo, já teve a oportunidade de julgar a questão, proferindo acórdão que restou assim ementado:

“Constitucional e Tributário. Imunidade. CD-Rom.

Livros impressos em papel, ou em CD-Rom, são alcançados pela imunidade da alínea ‘d’ do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. A Portaria MF 181/89 - na qual se pretende amparado o ato impugnado - não determina a incidência de imposto de importação e IPI sobre disquetes, CD-Rom, nos quais tenha sido impresso livros, jornais ou periódicos. Remessa necessária improvida.”

Em seu voto, o Desembargador Federal Relator destacou o seguinte:

[...] o CD-ROM, o disquete, assim como o papel, que me apresentam um livro, um jornal, um periódico, acabado, sem

dúvida alguma, é alcançado pelo referido dispositivo constitucional. Um livro gravado em um disquete não deixa de ser um livro só por esta circunstância. Um periódico gravado em CD-ROM não perde a sua condição de periódico, pelo só fato da gravação em CD.

O jornal que leio, via Internet, jornal é. Ou não?

Os livros da Lex-Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais têm sido editados em CD-ROM. Deixam de ser livros, só por isto?

(...)

A Portaria MF 18/89 – invocada pela D. Autoridade Impetrada, nas informações, às fls. 32 – não desdiz, em momento algum, o que dito na alínea “d” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. A interpretação da mencionada Portaria, de conformidade com a Constituição Federal, conduz ao entendimento de que a mesma prescreve incidir sobre o suporte informático o Imposto de Importação e o IPI, desde que, e somente se, nele não se achar impresso [sic] nem livros, nem jornais, nem periódicos”<sup>42</sup>.

Espera-se que a tese acolhida no julgado transcrito, de acerto e precisão inquestionáveis, prevaleça em outras manifestações dos Tribunais sobre o assunto, especialmente do Supremo Tribunal Federal, a quem caberá o exame definitivo da questão.

## CONCLUSÕES

Com base no que foi exposto neste estudo, conclui-se o seguinte:

a) O disposto no artigo 150, VI, “d”, da Constituição Federal de 1988 abrange também os livros contidos em CD-ROM, disquetes, na *internet*, ou em qualquer outro suporte físico, eletrônico ou não, pois:

a.1) mesmo gramaticalmente, livro pode ser compreendido “do ponto de vista de seu conteúdo: obra de cunho literário, artístico, científico, técnico, documentativo, etc., que constitui um volume”, e “em qualquer suporte (p. ex. papiro, disquete, etc.)”;<sup>43</sup>

a.2) o recurso aos demais elementos clássicos de interpretação também autoriza idêntica conclusão;

a.3) em se tratando de norma constitucional, sua interpretação deve ser aquela “que lhe insufla a mais ampla extensão jurídica”<sup>44</sup>. A regra contida no art. 150, VI, “d”, deve ser compreendida à luz dos princípios nela concretizados, e da evolução da realidade fática nela referida;

a.4) não há risco para o futuro da fiscalidade, pois a imunidade não se

destina aos produtos de informática de uma maneira geral, nem a tudo que por meio deles se faça, mas tão somente aos chamados “livros eletrônicos”;

b) Da mesma forma como o papel destinado a impressão de livros, jornais e periódicos é imune, também estão albergados pela imunidade os suportes físicos dos livros, jornais e periódicos eletrônicos: (CDs, disquetes ou similares que sejam destinados à sua gravação).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Notas de atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Silveira. *Dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996.

CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Delta, 1958.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARAZZA, Roque Antonio. Importação de bíblias em fitas. Sua imunidade. Exegese do art. 150, VI, d, da Constituição Federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 26, 1997. (Parecer.)

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

HOUAISS, Antonio (Ed.) *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARTINS, Wilson. *A palavra escrita: história do livro, da imprensa e da biblioteca*. São Paulo: Ática, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: RT, 1974, tomo V.

\_\_\_\_\_. *Sistema de ciência positiva do direito*. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000, v. 2.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A não-extensão da imunidade aos chamados livros, jornais e periódicos eletrônicos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 33, 1998.

\_\_\_\_\_. COFINS nas operações sobre imóveis. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 1, 1995.

\_\_\_\_\_. Os CD-ROM's e disquetes com programas gravados são imunes?. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 7, p. 34-39, 1996.

TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Tradução Pedro M. Herrera Molina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2002. Tradução de: Besteuerungsmoral und Steuermoral.

TORRES, Ricardo Lobo. Imunidade tributária nos produtos de informática. In: YAMASHITA, Fugimi (coord.). *Livro de Apoio do 5.º Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário*. São Paulo: IOB, 1996.

<sup>1</sup> MARTINS, Wilson. *A palavra escrita: história do livro, da imprensa e da biblioteca*. São Paulo: Ática, 1996, p. 261.

<sup>2</sup> A rigor, deveríamos falar em livros, jornais e periódicos eletrônicos, e não apenas “livros eletrônicos”. Entretanto, com o propósito de obter maior síntese no texto, utilizaremos a expressão “livro eletrônico” em sentido amplo, de sorte a abranger as três espécies de veículo de comunicação predominantemente escrita aludidas pelo inciso “d” do art. 150 da CF/88, quando materializadas em meio digital.

<sup>3</sup> Cf., dentre outros, SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, “Os CD-ROM's e Disquetes com Programas Gravados são Imunes?”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 7, p. 34-39, 1996; TORRES, Ricardo Lobo, “Imunidade tributária nos produtos de informática”, *Livro de Apoio do 5.º Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário*, Fugimi Yamashita (coord.), São Paulo: IOB, 1996; MORAES, Bernardo Ribeiro de, palestra proferida no 6.º Simpósio IOB de Direito Tributário, São Paulo, 20 e 21 de novembro de 1997.

<sup>4</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Os CD-ROM's e disquetes com programas gravados são imunes? *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 7, 1996, p. 36-37.

<sup>5</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A não-extensão da imunidade aos chamados livros, jornais e periódicos eletrônicos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 33, 1998, p. 138.

<sup>6</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Imunidade tributária nos produtos de informática. In: YAMASHITA, Fugimi (coord.). *Livro de Apoio do 5.º Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário*. São Paulo: IOB, 1996, p. 95.

<sup>7</sup> TORRES, *op. cit.*, p. 98.

<sup>8</sup> *Idem, ibidem.*, p. 99.

<sup>9</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 51.

<sup>10</sup> BUENO, Silveira. *Dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996, p. 339.

<sup>11</sup> CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Delta, 1958, p. 3010.

<sup>12</sup> HOUAISS, Antonio (Ed.) *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1774.

<sup>13</sup> CARAZZA, Roque Antonio. Importação de bíblias em fitas. Sua imunidade. Exegese do art. 150, VI, d, da Constituição Federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 26, 1997, p. 117.

<sup>14</sup> A propósito, em face da própria natureza humana, não se poderia esperar que, evoluindo ao longo de mais de cinco mil anos, o livro passasse de tábuas de argila ao papel, e, ao atingir esse último suporte físico, permanecesse inalterado por todo o futuro. Por que somente nessa área, tão relevante à formação, à perenização e à transmissão do pensamento, a humanidade haveria de definitivamente estagnar-se?

<sup>15</sup> Isso acontece com o uso do *mouse*, *trackball*, ou de qualquer outro dispositivo por meio do qual o leitor pode deslocar uma seta por sobre a tela, a fim de manejar objetos que nela aparecem. Em inglês: *pointing*

device. Atualmente, determinados aparelhos permitem o uso de canetas, ou até mesmo da ponta dos dedos (*touch screen*).

<sup>16</sup> Utiliza-se para tanto o que em língua inglesa se costuma chamar de *link*, que poderíamos traduzir por: *elo, ligação, conexão*. Entre as palavras, as imagens e as figuras de um livro podem ser feitos relacionamentos através dos tais *links*, ou *elos*, e assim permitir o trânsito do leitor de uma a outra, conforme seu interesse.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Atual. por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000, v. 2, p. 102-103.

<sup>18</sup> Como ressalta Pontes de Miranda, “o voluntarismo é correlativo do despotismo. Procurar a vontade do legislador ou da lei é andar à cata do mando do déspota. Não é processo para espíritos livres, que amem a verdade e a ciência e, sim, digamos o termo, ocupação de escravos” (Pontes de Miranda, *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, 1.ª ed., Campinas: Bookseller, 2000, v. 2, p. 229).

<sup>19</sup> É o que entende, também, José Ribeiro Neto. Confira-se, a propósito, o *Regulamento do ICMS-CE integralmente comentado*, Fortaleza: Tipogresso, 2002, p. 51.

<sup>20</sup> FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141.

<sup>21</sup> O que não exclui, naturalmente, a possibilidade de uma imunidade tributária ser eventualmente empregada com outros fins.

<sup>22</sup> BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Notas de atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 340.

<sup>23</sup> BALEIRO, Aliomar, 1998, p. 339-340

<sup>24</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: RT, 1974, tomo V, p. 155-156.

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 604.

<sup>26</sup> No presente caso, aliás, ainda que se tratasse de norma isentiva, a restrição de seu alcance aos livros de papel não encontraria amparo na ordem jurídica, embora encerrasse um equívoco menos evidente.

<sup>27</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 227.

<sup>28</sup> PONTES DE MIRANDA, 1967, t. I, p. 293.

<sup>29</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p. 514-515.

<sup>30</sup> *Idem, ibidem.*, p. 458-459.

<sup>31</sup> FRANCO *apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 459.

<sup>32</sup> TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Tradução Pedro M. Herrera Molina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 31.

<sup>33</sup> SARAIVA FILHO, *op. cit.*, p. 63.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem.*, p. 66.

<sup>35</sup> TORRES, *op. cit.*, p. 97.

<sup>36</sup> *Idem, ibidem.*, p. 98.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem.*, p. 89.

<sup>38</sup> A enciclopédia *Animals!*, veiculada em CD-ROM, é exemplo de livro eletrônico que oferece tal recurso.

<sup>39</sup> V.g. CF/88, arts. 227 e 230.

<sup>40</sup> CARAZZA, *op. cit.*, p. 137-138.

<sup>41</sup> “Recurso extraordinário. Constitucional. Jornais, livros e periódicos. Imunidade tributária. Insumo. Extensão mínima. Recurso provido. 1. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que, além do próprio papel de impressão, a imunidade somente alcança o chamado papel

fotográfico - filmes não impressionados. Recurso conhecido provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal.. Recurso Extraordinário n. 189.192-1. Rel. Min. Maurício Corrêa. 2ª Turma. DJU I, 23.mai.97, p. 21741). Repertório IOB de Jurisprudência, n. 12/97 - c.1, pp. 274/5

<sup>42</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recurso *ex officio* em Mandado de Segurança n. 98.02.02873-8. Rel. Des. Fed. Rogério Vieira de Carvalho. 4ª Turma. Julg. em 18.mar.98. Publ. DJU II, 18.mar.99, p. 124. Repertório IOB de Jurisprudência 1 – n.º10/99 – p. 285.

<sup>43</sup> HOUAISS, *op. cit.*, p. 1774.

<sup>44</sup> PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 293.

## TAX IMMUNITY FOR ELECTRONIC BOOKS

### ABSTRACT

Tax immunity for electronic books. The definition of “book”. Restrictions concerning the approval of such immunity. Interpretation of the rule granting tax immunity found at the 1988 Federal Constitution, Article 150, VI, “d”. Purpose of granting tax immunity for eBooks. The fiscality and extrafiscality of the immunizing rule. Tax immunity for the eBooks and the principle of equality before law.

### KEYWORDS

Immunity. Taxation. Electronic Books. Extrafiscality. Isonomy.

## IMMUNITÉ TRIBUTAIRE DU LIVRE ÉLECTRONIQUE

### RÉSUMÉ

Immunité tributaire du livre électronique. Le concept de livre. Restrictions à l’acceptation de l’immunité. Interprétation de la norme imunitaire contenue dans l’art. 150, VI, «d», de la Constitution Fédérale 1988. de Finalité de l’immunité tributaire du livre. La fiscalité et extra-fiscalité de la norme imunitaire. Immunité tributaire du livre électronique et isonomie.

### MOTS-CLÉS

Immunité. Imposition. Livre électronique. Extra-fiscalité. Isonomie.

# OS INSTITUTOS DE DIREITO PRIVADO E O DIREITO TRIBUTÁRIO

Ivo César Barreto de Carvalho\*

1 Autonomia da vontade e autonomia privada. 2 Abuso de direito. 3 Abuso de forma. 4 Fraude à lei. 5 Simulação. 6 Negócios jurídicos indiretos. 7 Função social dos contratos. 8 Conclusões.

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar os principais institutos de Direito Privado em face do Direito Tributário, mormente quanto à aplicação de uma norma geral anti-elisiva. Aos negócios jurídicos celebrados pelas pessoas físicas e jurídicas devem ser aplicados os princípios da autonomia da vontade e da função social dos contratos. A legislação tributária deve coadunar-se com tais princípios, respeitando a autonomia privada e a boa-fé dos contraentes. Entretanto, o Poder Público tributante, na realização do interesse público e na preservação da ordem jurídica, poderá desconstituir judicialmente negócios jurídicos celebrados pelos contribuintes nos casos de simulação, com fraude à lei e com dolo, quando desprovidos de causa, no intuito de aplicar a norma tributária pertinente.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito Privado. Direito Tributário. Autonomia da vontade. Autonomia privada. Abuso de direito e de forma. Norma geral anti-elisiva.

## 1 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

Desde os primórdios, as pessoas realizam negócios jurídicos de conteúdo econômico, sendo sempre presente a noção de *negócio*. Faz parte da própria formação histórica do ser humano o inter-relacionamento no intuito de satisfazer interesses recíprocos das partes, seja de cunho mercantil, seja de teor laboral. Portanto, esses tipos de acordos de vontades sempre existiram.

A noção mais moderna de “negócios jurídicos” é trazida pela doutrina alemã (pela Escola Pandectista de Savigny e Windscheid) e pela doutrina francesa (por meio da Escola Exegética). Assim, como resultado de uma

---

\* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Especialista em Direito Tributário e Direito Contratual pela PUC-SP. Professor de Direito Civil da Faculdade Christus. Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

longa evolução histórica, o princípio moderno do consensualismo dos contratos é admitido e se difunde pelas doutrinas dos diversos países europeus.

A autonomia da vontade surgiu neste ambiente histórico, com a formação da sociedade burguesa, baseada no individualismo. Iniciava-se a consolidação de um direito ao exercício da liberdade contratual, na qual o negócio jurídico pressupunha um ato de vontade a partir do qual decorriam efeitos jurídicos.

Nascia, portanto, pela construção doutrinária, o poder de cada cidadão celebrar, lícita e livremente, todo e qualquer negócio jurídico – desde que não proibido por lei – consubstanciado na vontade expressa de cada um. De início, podemos inferir que o grau de intervenção do Estado nesta liberdade de negócio era mínimo, muito próximo da inexistência, decerto pelas influências do modelo liberal. O equilíbrio e a legitimidade desses negócios jurídicos estavam baseados, num primeiro momento, na imprescindível ausência de intervenção estatal da autonomia da vontade dos cidadãos.

Posteriormente, no século XX, já sob os influxos do Estado Social, apareceu a idéia da função social dos contratos, como meio de equilibrar a tutela dos direitos individuais com a dos interesses coletivos. Houve, por bem dizer, uma ligeira socialização dos contratos, ou melhor, começou-se a mitigar a autonomia da vontade nos negócios jurídicos. Diante do *Welfare State*, outros valores passaram a assumir mais importância perante a lei, como a confiança e a boa-fé. O intervencionismo estatal ganhou força, passando a prevalecer a idéia da preponderância do interesse social sobre o interesse privado.

O Código Civil de 1916 não tratava a matéria dos “negócios jurídicos” com a importância que lhe é dada hoje pela doutrina e jurisprudência. Filiada à teoria monista dos atos jurídicos, o diploma civil pátrio anterior considerava que todos os fatos jurídicos fundados numa declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos eram atos jurídicos, conforme se infere de seu revogado artigo 81.

Com o advento do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002), o legislador pátrio modificou claramente a sistemática, introduzindo um capítulo próprio - “Do negócio jurídico”, isentando o diploma privado de quaisquer definições inúteis, bem como adotando a teoria geral dos negócios jurídicos.

Feita esta pequena digressão histórica, definiremos agora o que é autonomia privada. Em termos etimológicos, o termo “autonomia” (*auto* + *nómos*) significa capacidade de autogoverno, ou seja, a faculdade que uma pessoa tem de estabelecer regras próprias, sem que haja qualquer subordinação. Precisando melhor a expressão como um todo, autonomia privada é a faculdade que determinadas pessoas possuem para criar entre si, pelo exercício livre de suas vontades, normas jurídicas individuais e concretas com efeitos jurídicos vinculantes.

Neste mesmo sentido, definiu Heleno Tórres a autonomia privada como o “exercício de poder de criar normas negociais, com *autonomia da vontade* suficiente para criteriosa seleção das condições e conteúdos, a título de liberdade negocial (*sic*)”<sup>1</sup>.

Esse poder que os particulares possuem para criar regras vinculantes entre si decorre diretamente da Constituição, norma superior a que todos estão subordinados – tanto os cidadãos como o próprio Estado. Pretendemos afirmar, portanto, que a autonomia privada decorrente dos negócios jurídicos tem fundamento constitucional, basicamente na aplicação dos princípios constitucionais concernentes ao direito à dignidade, à liberdade, à propriedade, à livre iniciativa e ao trabalho. É somente a partir dos Estados contemporâneos que podemos falar na constitucionalização do direito ao exercício da autonomia privada.

Essa liberdade de contratar, assegurada constitucionalmente, pode ser vista sob dois aspectos: (i) pelo prisma da liberdade de contratar propriamente dita, no qual o indivíduo escolhe se quer ou não celebrar um negócio jurídico; e (ii) pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. Assim, a liberdade contratual permite que as partes que desejam celebrar um negócio jurídico escolham um modelo contratual já previsto no ordenamento jurídico (contrato típico) ou criem um modelo contratual próprio, de acordo com suas necessidades (contrato atípico).

Portanto, a declaração de vontade na formação dos negócios jurídicos une dois institutos inconfundíveis, apesar da aparente sinonímia: a *autonomia privada* e a *autonomia da vontade*. Bem esclarece a diferença Heleno Tórres:

Se a *autonomia privada* decorre de uma composição de princípios democráticos garantidores do exercício da cidadania e, desse modo, vinculados aos interesses maiores da comunidade, como instrumento para a realização dos objetivos políticos e econômicos que a sociedade pretende alcançar num determinado momento histórico; a *autonomia da vontade* é algo intrínseco ao indivíduo, aos seus interesses, isoladamente, no seio de uma dada relação negocial. *Autonomia privada* e a *autonomia da vontade* apresentam, assim, uma indissolúvel ligação, de tal modo efetiva que muitos as confundem entre si, utilizando a expressão<sup>2</sup> autonomia privada como sinônimo de autonomia da vontade.

Destarte, a declaração de vontade não constitui, por si, um negócio jurídico, mas é apenas seu conteúdo e motivo essenciais para a configuração deste. Se a declaração não for vertida em linguagem, de nada adianta a vontade remanescente no domínio mental da pessoa. Essa reserva mental é juridicamente irrelevante. A vontade deve ser objetivada, demonstrada e externada, sendo admissíveis todos os meios de prova do direito.

Como afirmamos anteriormente, na gênese, a idéia da autonomia da vontade vigorava de forma absoluta, em face da orientação adotada no Estado liberal e individualista. Hoje vigora, no entanto, o princípio da “função social do contrato”, do qual a idéia da autonomia da vontade está sendo relativizada por diversas restrições legais e constitucionais, em razão de outros valores constitucionalmente elencados à categoria de fundamentais.

Desta feita, se a função primordial do Estado é a realização do bem-comum, de nada adiantaria sua ausência em setores essenciais à atividade econômica e social. Os valores que deveriam ser garantidos por Estado estariam desprotegidos, caso a antiga noção de liberdade contratual e autonomia privada ainda vigessem.

Neste diapasão, o ordenamento jurídico brasileiro concebe uma série de leis intervencionistas para se tolher o excesso de liberalismo ainda remanescente no âmbito do Direito Privado. São intervenções legítimas do Poder Público na atividade econômica dos cidadãos, uma vez que estão revestidas do mais alto interesse: o coletivo. Procura-se mitigar, portanto, valores como a liberdade de negociar e a autonomia privada com os da responsabilidade social e função social dos contratos.

Considerando todo o exposto até então neste item, é preciso indagar: até que ponto vai o interesse coletivo? Será este princípio também um valor absoluto? É possível, em toda e qualquer hipótese, a intervenção estatal nos negócios jurídicos? Mais especificamente no âmbito de abrangência do presente estudo, é legítima e constitucional a intervenção da administração fazendária no conteúdo dos negócios jurídicos praticados pelos particulares, no intuito exclusivo de desconsiderá-los para efeitos fiscais?

Ora, a fonte de legitimação dos negócios jurídicos é a autonomia privada, fundamento este da criação da norma jurídica individual e concreta entre as partes. A finalidade deste negócio jurídico deve ser preservada ao máximo, desde que haja legitimidade no ordenamento jurídico, visando a conferir a validade dos interesses a ele vinculados. Assim, é importante assegurar os valores da segurança jurídica e da certeza do Direito, ou seja, o postulado *pacta sunt servanda*.

Admitir a intervenção estatal, elencando como condições exclusivas os interesses arrecadadores da Fazenda Pública, promove a insegurança jurídica e fere letalmente o princípio *pacta sunt servanda*. Alçar o dispositivo normativo da norma geral anti-elisiva – na desconsideração dos atos e negócios jurídicos praticados pelos particulares, para fins exclusivamente fiscais – não atende ao interesse coletivo, mas apenas ao interesse da Administração Pública, o que é bem distinto.

## 2 ABUSO DE DIREITO

O Direito tem uma destinação social. As prerrogativas asseguradas nas regras jurídicas condicionam-se a uma finalidade: o bem-estar social. Em função dessa harmonia social, não se deve entender de forma unilateral o exercício de um direito subjetivo, ou seja, este direito não pode ser anti-social, não pode ser praticado de forma abusiva.

Portanto, a teoria do abuso de direito veio a ser formulada justamente para barrar as conseqüências individualistas e maléficas dessa interpretação antiquada do sistema jurídico. As normas jurídicas devem ser analisadas de forma harmônica, interpretando-se em favor de todo o grupo social. O ordenamento jurídico não pode ser interpretado sob o prisma de compartimentos estanques, que possibilitem nesse âmbito o exercício absoluto dos direitos individuais.

Ao contrário do Código Civil de 1916, que nada previa a respeito da teoria do abuso de direito, ela foi adotada pelo Código Civil de 2002 no artigo 187: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. O inciso I do artigo subsequente complementa o entendimento da mencionada teoria, ao estabelecer que não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido.

Com base na teoria do abuso de direito, dois problemas podem surgir com implicações no Direito Tributário. O primeiro concerne ao possível conflito entre o exercício regular do direito e a elisão tributária. O segundo está na ausência de invalidade de um ato ou negócio jurídico, quando este for exercido com abuso de direito.

Quanto ao primeiro, deve-se entender que a elisão tributária continua a ser permitida, como ato lícito, desde que o contribuinte que a pratique esteja em seu exercício regular de direito, reconhecido ou não proibido pelo ordenamento jurídico (mormente o sistema tributário brasileiro).

Quanto ao segundo, é mister compreender que o abuso de direito torna o ato ou negócio jurídico ilícito, ou seja, passível de responsabilidade civil. Uma vez caracterizado como ato ilícito, tal ato ou negócio jurídico poderá surtir efeitos no âmbito tributário com a aplicação de penalidades específicas.

Vale ressaltar que os limites impostos pelo fim econômico ou social de um direito não podem ser confundidos com o direito de o contribuinte praticar a economia fiscal. A elisão tributária não está proibida pelo parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional e nem mesmo pelo artigo 187 do Código Civil de 2002. A exceção de casos manifestamente excessivos, o contribuinte tem o direito de atingir os melhores resultados financeiros ou econômicos para sua vida ou de sua empresa, pois não é obrigado a

suportar o pior ônus fiscal, dentre as escolhas possíveis no ordenamento jurídico. Isto não pode ser entendido como falta de civismo ou de espírito público.

Um dos defensores da cláusula anti-elisiva com base na teoria do abuso de direito é Klaus Tipke. Esse prestigioso jurista alemão afirma que o direito dos particulares de organizarem sua vida econômica, com base na livre iniciativa, não é absoluto. A liberdade de negociar deve respeitar o direito de terceiros, incluindo-se aí o Estado, de modo que a escolha feita pelo particular não cause danos a direito alheio. A utilização das formas de direito admitidas está limitada àquele meio mais adequado, normal e razoável. O abuso de direito estaria no momento em que o particular escolhe um meio inadequado, anormal ou não razoável, que busque os mesmos fins perquiridos em outra forma jurídica, mas que não cause danos a terceiros, principalmente ao fisco. A base da teoria de Tipke está nos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, como argumentos para que não sejam tratados de modo discriminatório os atos ou negócios jurídicos de efeitos econômicos equivalentes, reveladores de igual capacidade econômica.

A referida teoria é defendida no Brasil por Marco Aurélio Greco, que preconiza a legitimidade da cláusula anti-elisiva na desconsideração dos atos ou negócios jurídicos praticados com abuso de direito. Mencionado autor acentua que o direito do contribuinte de se organizar não pode ser interpretado de forma absoluta, em face do Estado Democrático de Direito. Como um dos fundamentos da ordem constitucional brasileira está a solidariedade, o que é por si só argumento suficiente para limitar o exercício do direito de auto-organização econômica por motivos exclusivamente fiscais.

Segundo a nova proposta defendida por Marco Aurélio Greco para definir a evasão fiscal, a teoria do abuso de direito está configurada com a presença de mais um requisito: os fins exclusivamente fiscais. Noutros termos, para que a economia fiscal seja lícita, Greco entende que a razão econômica dos atos praticados pelo cidadão não deve residir apenas na questão da economia de tributos. Esta não pode ser o motivo único, pois senão estaria diante do caso de evasão fiscal por abuso de direito.

A outra base de sustentação da teoria de Greco encontra-se no princípio da capacidade contributiva, devendo este ser entendido não mais como um limite negativo à tributação, mas com eficácia positiva da lei tributária. Noutros termos, preconiza que a legislação tributária não deve alcançar apenas aqueles fatos previstos nas normas (tipicidade), mas também outros não previstos, que resultariam da conjugação positiva ou tipificada com o princípio da capacidade contributiva. Desta feita, Greco defende a tese da concretização do recurso à analogia a fim de se combater o abuso de forma, na seara tributária. A função social desta construção doutrinária é alcançar fatos que tenham idêntica capacidade contributiva, indo além das fronteiras da tipicidade.

Outro defensor da teoria do abuso de direito é Ricardo Lobo Torres. Como Tipke e Greco, aquele jurista entende que a liberdade do contribuinte de planejar os seus negócios na busca da menor tributação possível está limitada à utilização razoável das formas de Direito Privado. Para Torres, seu fundamento está no abuso na interpretação dos conceitos, que às vezes encontram-se numa zona cinzenta. Nesses casos de indeterminação, o contribuinte abusa das formas jurídicas com o fim exclusivamente elisivo, ofendendo assim os princípios da justiça, da segurança jurídica, da unidade do ordenamento jurídico, da capacidade contributiva e da legalidade do Estado Democrático de Direito. Segundo Torres,

a elisão, conseqüentemente, se restringe ao abuso da possibilidade expressiva da letra da lei, do conceito de Direito Privado e, até mesmo, do conceito de Direito Administrativo. A ilicitude da elisão decorre da necessidade de evitar que o contribuinte manipule, pela interpretação, conceitos jurídicos abertos ou indeterminados. Se o Direito Privado oferecesse à tributação conceitos jurídicos unívocos, é claro que se prescindiria de instrumento para evitar o descompasso entre a letra e o espírito da lei, pois haveria um princípio ou denominador comum a informar a lei tributária e a lei civil.

Em que pesem as profundas argumentações trazidas pelos juristas Klaus Tipke, Marco Aurélio Greco e Ricardo Lobo Torres, ousamos discordar da utilização da doutrina do abuso de direito na seara tributária, por vários motivos.

O primeiro motivo está no subjetivismo da aplicação da teoria do abuso de direito nas normas tributárias. Tal aplicação se mostra incompatível com o princípio da segurança jurídica, pois delega ao agente fiscal a possibilidade de decidir se a conduta do particular foi ou não elisiva, se sua atitude foi ou não compatível com os desígnios do Poder Público, enfim se as formas adotadas em seu negócio jurídico foram adequadas, normais ou razoáveis, segundo a interpretação do agente da Administração Pública.

Em segundo lugar, a construção doutrinária de Tipke utiliza como base de sustentação de sua teoria as relações privatísticas, não podendo estas ser aplicadas no âmbito das relações de Direito Tributário. Isto porque as relações de Direito Privado requerem a igualdade das partes; estas devem estar situadas horizontalmente no mesmo plano. Há relação entre direitos subjetivos de ambas as partes, ao passo que as relações tributárias não são paritárias, não há igualdade entre o contribuinte e o Estado no plano horizontal. A relação entre o contribuinte e o Estado – como poder tributante – é de administrador e administrado. As relações não abrangem direitos subjetivos de ambas as partes (contribuinte e Estado), mas de liberdades e competências, respectivamente.

Por fim, a motivação do cidadão em praticar certas condutas ou realizar determinados negócios jurídicos pode ter fins exclusivos de economia de tributos, preservando-se, ainda assim, a licitude do ato e de seu resultado. Desta forma, por exemplo, não vislumbramos ilegalidade alguma quando um pai doa ainda em vida seus bens aos seus filhos, com a finalidade única de elidir a incidência do imposto sobre transmissão *causa mortis*, por ser este mais oneroso do que o imposto sobre transmissão *inter vivos*. Não havendo simulação ou fraude no negócio jurídico, o particular estará agindo na mais perfeita licitude perante a sociedade e o fisco.

Corroborando o nosso entendimento o professor Sacha Calmon Navarro Coelho ao repelir a teoria do abuso de direito da seara do Direito Tributário:

Em Direito Tributário não há falar em abuso de direito, somente possível no campo dos direitos privados potestativos, de livre disposição pelos titulares dos mesmos, em prejuízo evidente de terceiros. Não é o caso do Direito Tributário,<sup>4</sup> dominado pelo princípio da legalidade e da verdade material.

O conceito de abuso de direito é também inconcebível de adaptação na seara tributária para Heleno Tôrres:

Em resumo, o conceito de abuso de direito encontra severas limitações para se ajustar à matéria tributária. Basta pensar que o direito que se abusaria seria o de auto-regramento da vontade, que em verdade não é um direito, mas um poder normativo como prefere Ferri. E qualquer abuso de direito contra normas tributárias, por serem cogentes e não dispositivas, converte-se de imediato em sanção, por descumprimento frontal de norma<sup>5</sup> impositiva de conduta, tal como uma espécie de fraude à lei.

Nota-se, portanto, que não há fundamentação constitucional para a aplicação da teoria do abuso de direito em matéria constitucional. Isto porque, na relação jurídico-tributária, o direito subjetivo do fisco está amplamente delimitado pelo seu campo de competência tributária, bem como em suas limitações constitucionais ao poder de tributar.

### 3 ABUSO DE FORMA

Antes de analisar a teoria do abuso de forma, vale tecer algumas ponderações acerca da forma dos atos e negócios jurídicos.

Com base na teoria geral dos negócios jurídicos, o contrato é o instrumento formalizador do negócio jurídico bilateral, gerador de obrigações entre as partes contratantes. É norma jurídica, bilateral ou plurilateral (dependendo da quantidade de partes), individual e concreta, pois impõe às partes

contratantes o dever de cumprir com os comandos nela inseridos, sob pena das sanções previstas no próprio instrumento.

É sabido, portanto, que a ordem jurídica regula os negócios jurídicos, com fundamento primordial no Código Civil brasileiro de 2002, somando-se a este algumas outras leis esparsas. Dá margem de criação, porém, aos particulares para novos modelos e formas contratuais, o que chamamos de liberdade de formas. Desta feita, a doutrina distingue os contratos típicos (devidamente denominados em uma norma jurídica) e os contratos atípicos, inominados ou anômalos.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 104, prescreve que a validade do ato jurídico requer (i) agente capaz, (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável e (iii) *forma prescrita ou não defesa em lei*. Claro está, portanto, que a forma é elemento de validade do ato jurídico.

Ocorre que, entre nós, vigora o princípio da liberdade de formas, estabelecido no artigo 107 do mesmo diploma civil, segundo o qual “a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Podemos inferir dos dispositivos normativos supramencionados, com base numa interpretação sistemática, que o ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da liberdade de formas, salvo quando a lei exigir expressamente uma forma típica, o que não contradiz a necessidade da certificação da validade do negócio jurídico sob uma forma própria.

Como bem ensina Antonio Junqueira de Azevedo sobre a forma do negócio jurídico: “[...] é o meio através do qual o agente expressa a sua vontade. A forma poderá ser oral, escrita, mímica, consistir no próprio silêncio, ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade”. E mais adiante adverte o autor: “Não há negócio sem forma. Que haja negócios com forma prescrita em lei e negócios com forma livre, é questão que diz respeito ao plano de validade”.<sup>6</sup>

Resta concluir, portanto, que o princípio da liberdade de formas deriva do consensualismo e da autonomia da vontade, postulados básicos na interpretação dos negócios jurídicos.

Traçada essa premissa, cumpre-nos agora tecer considerações a respeito da forma dos contratos atípicos em face do Direito Tributário.

A estrutura da regra-matriz de incidência é formada por elementos essenciais, tais como hipótese de incidência ou antecedente (critérios material, espacial e temporal) e o conseqüente, nos aspectos pessoal (sujeito passivo e ativo) e quantitativo (base de cálculo e alíquota).

Desta feita, a definição do fato gerador (hipótese de incidência) de um tributo deve ser interpretada segundo prescreve o artigo 118 do CTN, ou seja, abstraindo-se da (i) validade jurídica dos atos efetivamente praticados

pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros; (ii) da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos; e (iii) dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos. Da leitura deste dispositivo legal, podemos inferir que em nenhum momento a lei permite a desconsideração da forma jurídica atribuída aos negócios jurídicos.

Estabelecidas as premissas relativas à forma dos negócios jurídicos, no âmbito do Direito Privado, é preciso entender agora estes postulados em relação à teoria do abuso de forma.

Não se confunde a teoria do abuso de direito com a do abuso de forma jurídica. Não obstante, estão interligadas, pois a primeira conduziu à noção da segunda consagrada na Ordenação Tributária alemã (*Reichsabgabeordnung*) de 1919, como sucedâneo da teoria da interpretação econômica para fins tributários.

Consiste a teoria do abuso de forma na utilização de uma forma jurídica, mesmo que lícita, mas que tenha por finalidade causar lesão a terceiros, no caso o Estado. Assim, para os defensores desta doutrina, a Fazenda Pública não pode ser lesada quando o contribuinte realiza um ato ou celebra um negócio com base numa forma jurídica que resulta no não-pagamento do tributo ou no pagamento de uma carga tributária menor. Para estes doutrinadores, no caso, o contribuinte praticou um ato com abuso de forma, devendo, portanto, sofrer a tributação mais justa, como se houvera praticado aquele fato jurídico tributário.

A doutrina da substância sobre a forma – como também é conhecida – surgiu nos Estados Unidos da América, no *leading case* “Gregory v. Helvering”, decidido em 7.1.1935.<sup>7</sup>

A doutrina da prevalência da substância sobre a forma jurídica adotada nada mais é do que uma questão de interpretação e aplicação da lei. Assim, o intérprete e o aplicador da lei poderão determinar se os fatos se enquadram ou não ao regime jurídico da lei tributária. A lei será interpretada de forma restrita – de modo a não incidir o tributo correspondente ao fato jurídico a que se propunha – ou de forma ampla – aplicando-se a regra-matriz de incidência relativa ao tributo correspondente à substância do ato ou negócio praticado pelo contribuinte, mesmo que não adotada a forma própria à hipótese de incidência que deveria ter sido respeitada.

Feitas as considerações históricas a respeito da teoria do abuso de forma, é mister agora confrontá-la com a norma geral anti-elisiva do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional. Será possível a aplicação do referido dispositivo legal com base no abuso de forma?

Para Flávio Martins Rodrigues, esta é justamente a fundamentação do dispositivo normativo inserido pela Lei Complementar n. 104/2001, defendendo a superação da interpretação sistemática pelo modelo da interpretação teleológica.

Veja-se que o abuso de forma, uma das razões para a superação do arcabouço da interpretação sistemática, acaba sendo considerado para fins de aplicação da exação. A nova regra é clara, claríssima, no sentido de que a autoridade tributária pode dar outro efeito que não aquele que seria considerado se apegado à forma do ato.

Assim caminha-se a passos largos para a superação do arcabouço formalista da interpretação sistemática, passando a prevalecer, entre nós, o modelo exegético teleológico (ou de fins econômicos) do Direito Tributário.

A teoria do abuso de forma reforçou-se com a teoria do propósito do negócio (*business purpose theory*), que a conduziu para uma caracterização mais clara. Essa teoria, desenvolvida e aplicada no Direito anglo-saxão, propõe que o contribuinte deva ser tributado com base no propósito do negócio por ele celebrado, e não com base na forma jurídica adotada. O escopo do negócio prepondera, para fins tributários, sobre a forma jurídica adotada.

A despeito de sua aplicação nos países anglo-saxões, que têm por base o *common law*, a teoria do propósito do negócio como instrumento legitimador da teoria do abuso de forma não tem receptividade nem aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, em face dos princípios da legalidade, tipicidade e segurança jurídica.

#### 4 FRAUDE À LEI

A fraude à lei é uma das hipóteses de nulidade do negócio jurídico, conforme preceitua o inciso VI do artigo 166 do novo Código Civil. Tal dispositivo é novidade no diploma privatístico, sem precedentes no Código Civil de 1916, que reflete os anseios da doutrina e da jurisprudência que já o consideravam causa de nulidade dos negócios jurídicos, mesmo antes da previsão legal.

A fraude à lei, como causa de invalidade do negócio jurídico, decorre da violação intencional de norma jurídica cogente. Esclarece Álvaro Villaça Azevedo a esse respeito que:

A lei imperativa ou norma cogente a que se refere o legislador é a que, imposta pelo Estado, deve ser cumprida e não pode ser modificada pela vontade dos interessados. É o que os romanos chamavam de *ius cogens*, que, não sendo de direito público, existe no direito privado como forma de intervenção do Estado, geralmente para proteger a parte mais fraca da relação jurídica. Se essa lei for desrespeitada, o negócio é nulo.

O ato jurídico praticado em fraude à lei contém um defeito por não respeitar a vontade contratual, preocupando-se apenas com sua finalidade.

A fraude é, portanto, um vício que contamina o negócio, culminando com a ilegalidade do fim almejado e, conseqüentemente, com sua nulidade. Em suma, o ato praticado com fraude à lei é, na verdade, um ato contra a lei.

Helena Tôres entende um pouco diferente o instituto da “fraude à lei”, diferenciando-o do conceito de *contra legem*. Diferencia assim as duas categorias:

Geralmente a doutrina os separa, considerando que os atos *contra legem* seriam aqueles praticados por um dado sujeito com o intuito deliberado de violar diretamente preceito de lei cogente (impositiva ou proibitiva); enquanto na *fraus legis* tem-se também ato jurídico dirigido para violar a lei, mas como tentativa de afastar sua incidência, de modo indireto, usando de uma norma de cobertura para fazer-se sujeito a esta e não àquela que evita, por ser-lhe de algum modo mais benéfica, em detrimento de terceiros ou credores.

Na confrontação das lições dos dois juristas, podemos inferir que há duas teorias para explicar o instituto da “fraude à lei”: a *subjetivista* e a *objetivista*. Enquanto a primeira se prende ao elemento intelectual ou volitivo, isto é, a prova de que as partes agiram com a intenção de fugir à aplicação da lei; a segunda se vincula ao negócio jurídico – elemento material – donde se afirma que a simples existência do ato fraudulento é motivo para sua qualificação. Preferimos nos filiar à segunda corrente doutrinária, diante da objetividade do instituto da fraude à lei.

Os pressupostos de caracterização da fraude à lei são: (i) a existência de resultado proibido; (ii) a prática de ato jurídico ou conjunto de atos jurídicos não previstos na letra da lei proibitiva; (iii) a obtenção, por intermédio destes atos, de um resultado equivalente ao proibido; (iv) o fim de subtrair o ato ou conjunto de atos ao âmbito de aplicação da norma proibitiva.<sup>11</sup>

Em primeiro lugar, a caracterização da fraude requer a proibição expressa no texto da lei da conduta realizada no contexto do ato ou negócio jurídico, mas não só isso, pois pressupõe também a proibição de resultado semelhante quando praticado por qualquer outro ato que atinja resultado idêntico ou semelhante.

Para se caracterizar a fraude à lei, deve o ato praticado não estar previsto na letra da lei proibitiva. O ato praticado é semelhante ao proibido, sendo o intuito do agente burlar a lei ao praticá-lo dessa maneira.

Assim, em conseqüência, o resultado do ato praticado é absolutamente legal, não fosse semelhante ou equivalente a um ato expressamente contemplado na norma proibitiva. O resultado pretendido pelo agente é o mesmo, porém a forma utilizada para atingi-lo é diversa, sendo-lhe vedada tal prática.

Por fim, para a caracterização da fraude à lei, necessita-se da prática de ato com o intuito mediato de afastar aplicação da norma proibitiva. A ilicitude do ato cinge-se a este ponto, o de subtrair-se ao âmbito de incidência da norma que o veda.

Portanto, na fraude à lei, o negócio realizado pelas partes está sujeito a todos os efeitos e à disciplina de uma lei – a norma de cobertura, evitando-se assim incidência da norma fraudada. Pode-se concluir que a violação se dá de forma indireta, em sua finalidade.

A fraude à lei, em matéria tributária, está definida no artigo 72 da Lei n. 4.502/64 como

toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Da análise da figura da “fraude à lei” (*frau legis*) no âmbito privatístico e no campo tributário, algumas diferenças fundamentais podem ser encontradas.

A primeira diferença reside na questão dos efeitos surtidos. No Direito Privado, um ato ou negócio jurídico viciado com fraude à lei tem como consequência sua nulidade. No Direito Tributário, um ato ou negócio jurídico tido como “elusivo” com base na fraude à lei tem como consequência sua ineficácia em relação ao fisco, que vai aplicar a norma tributária por analogia, mas deixando intacto o ato ou negócio jurídico em relação aos contraentes.

A segunda diferença está noutro plano de análise. Enquanto no Direito Privado o combate da fraude à lei é feito no plano da interpretação, “pois resulta da constatação de que a vontade da lei é a *proibição do resultado por todos os meios* e não apenas pelo meio ou meios constantes da sua letra”<sup>12</sup>; no Direito Tributário a repressão da fraude à lei é feita com base na aplicação das normas antielisivas, com recurso à integração analógica.<sup>13</sup>

Apesar das distinções estabelecidas pela doutrina, entendemos que o controle da fraude à lei pode ser efetivado mediante normas gerais antielusivas, tais como o artigo 166, inciso VI, do Código Civil (no âmbito do Direito Privado) e o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (no âmbito do Direito Tributário).

Isto porque a finalidade do instituto da fraude à lei é a de evitar o uso abusivo da autonomia privada. A *fraus legis* é o instrumento concebido pelo ordenamento jurídico para o aplicador da lei exercer o controle da autonomia privada com a criação de negócios jurídicos dotados de vício de causa.

Evitar a incidência de uma norma cogente – a exemplo da norma tributária – deve ser interpretado como ato fraudulento.

Resta, portanto, concluir que a interpretação da fraude à lei em matéria tributária é diversa daquela esposada no Código Civil. O simples descumprimento direto de normas tributárias (cogentes e imperativas) não é fraude à lei, mas é preciso o afastamento de regime tributário mais oneroso ao contribuinte, pela realização de atos ou celebração de negócios jurídicos que visem a burlar a incidência de norma tributária.

## 5 SIMULAÇÃO

A simulação é vício social, um dos defeitos do negócio jurídico, que acarreta a nulidade deste, de acordo com o Código Civil de 2002. Na simulação, há conluio. Existe, no processo simulador, um acerto entre os contraentes para proporcionar aparência exterior do negócio praticado.

Carlos Roberto Gonçalves traz conceito muito claro de simulação:

Simulação é uma declaração falsa, enganosa, da vontade, visando aparentar negócio diverso do efetivamente desejado. Ou, na definição de Clóvis, “é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado”.

Simular significa fingir, enganar. Negócio simulado, assim, é o que tem aparência contrária à realidade. A simulação é produto de conluio entre os contratantes, visando obter efeito diverso daquele que o negócio aparenta conferir. Não é vício do consentimento, pois não atinge a vontade em sua formação. É uma desconformidade consciente da declaração, realizada de comum acordo com a pessoa a quem se destina, com o objetivo de enganar terceiros ou fraudar a lei.<sup>14</sup>

Com base no conceito aqui mencionado, podem-se extrair os seguintes requisitos para a simulação: (i) *intencionalidade* na divergência entre a vontade e a declaração; (ii) *acordo simulatório* entre os contraentes; (iii) *intuito de enganar terceiros*, sem que haja necessariamente prejuízo.

A doutrina classifica a simulação em *inocente* e *maliciosa*. Na simulação inocente, segundo Venosa (2003, p. 475), “a declaração não traz prejuízo a quem quer que seja, sendo, portanto, tolerada”. Na simulação maliciosa, “existe intenção de prejudicar por meio do processo simulatório”.

Para Sílvio Rodrigues, a simulação maliciosa pode ter três finalidades diversas: a) prejudicar terceiros; b) prejudicar o fisco; c) fraudar a lei. Vejamos os ensinamentos do mestre civilista:

Da primeira hipótese [...], ocorre simulação quando o proprietário de um prédio, desejando facilitar ação de despejo contra seu

inquilino, finge vendê-lo a terceiro, que, por residir em prédio alheio, maior probabilidade tem de vencer a demanda.

Da segunda, isto é, da simulação com o intuito de prejudicar o Fisco, já aludi ao caso mais freqüente da compra e venda por preço inferior ao real, a fim de pagar menor imposto.

A terceira hipótese, de simulação com propósito de violar disposição de lei, faz aparecer a figura do ato em fraude à lei. Trata-se de um negócio indireto, com o fim de alcançar um resultado que a lei diretamente veda.<sup>15</sup>

A simulação ora objeto de análise, em face da norma geral antielisiva, é a da segunda hipótese tratada por Rodrigues, ou seja, a simulação com o intuito de prejudicar o fisco. Assim, a norma antielusiva do parágrafo único do CTN é uma forma de vedação à simulação praticada pelo contribuinte, por meio de negócios jurídicos dissimulatórios, no intuito de lesionar a Fazenda Pública.

Apesar da distinção doutrinária, no entanto, o Código Civil de 2002 não reconhece a necessidade de dano para a nulidade do negócio jurídico. Vale, portanto, para a caracterização da simulação a presença dos requisitos dantes citados.

O instituto da simulação foi alterado substancialmente no novo sistema do Código Civil brasileiro. O artigo 167 do citado diploma legal determina a subsistência do negócio jurídico dissimulado – apesar da nulidade do negócio simulado – a fim de se restaurar sua eficácia. Esta modificação no diploma civilístico trouxe, por consequência, mudanças na seara tributária, pois, ao estabelecer a subsistência do negócio jurídico dissimulado, se este for válido na sua substância e na forma, possibilita que a norma tributária atinja o ato ou negócio jurídico ocultado.

Podemos concluir que a simulação é espécie de ilícito civil, sujeita, portanto aos efeitos da nulidade no âmbito civil. Não se confunde com a elisão fiscal, pois esta se cinge aos meios lícitos. A simulação assemelha-se à evasão fiscal, pois figuram ambos na seara da ilicitude.

O parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, incluído pela Lei Complementar n. 104/2001, refere-se à figura da simulação. Tal dispositivo, segundo Alberto Xavier, não se trata de uma “cláusula geral antielisiva”, mas apenas de uma “cláusula anti-simulação”.<sup>16</sup>

Desta forma, a simulação fiscal ocorre quando houver divergência intencional entre a vontade do contribuinte e sua declaração, mediante um pacto simulatório, bem como o intuito de enganar e prejudicar o fisco.

Assim, como o dever instrumental ou formal genérico do contribuinte é de prestar todas as informações necessárias e declarar todos os atos praticados ao fisco, o fato de as hipóteses de simulação no âmbito do Direito

Privado serem taxativas não se aplica à simulação em matéria tributária. Desta feita, a administração fazendária poderá desconsiderar todos os atos e negócios do contribuinte desprovidos de causa, quando praticados com *fraude à lei*, mediante *simulação* ou *dolo*.

A simulação fiscal, portanto, pode incidir sobre qualquer dos elementos da regra-matriz de incidência tributária. É o que se depreende da leitura da parte final do parágrafo único do artigo 116 do CTN: “[...] com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária [...]”.

Quanto à hipótese de incidência (para alguns, a expressão utilizada é de “fato gerador”, com base na dicção legal), a simulação tributária excludente pode-se verificar nos critérios material, espacial e temporal.

Ocorre simulação tributária excludente no *critério material* da hipótese de incidência da regra-matriz de um tributo quando a vontade das partes é a realização de um negócio jurídico tipificado na lei, mas, para se evitar o nascimento da obrigação tributária, os contraentes ocultam o negócio jurídico com a aparência de um outro não tipificado na norma. Assim, com a referida dissimulação, as partes fogem à tributação, pois sua vontade aparente não correspondeu à vontade real que seria tributável. Em suma, não havendo a subsunção do fato jurídico à hipótese de incidência tributária, não surgirá a obrigação tributária.

Este tipo de simulação acontece, por exemplo, quando as partes simulam uma doação, mas a vontade real delas era a celebração de um contrato de mútuo (sendo este fiscalmente mais oneroso). A dissimulação existe no momento em que a vontade das partes era celebrar o mútuo, mas, para evitar a tributação decorrente deste negócio, acordam uma doação com uma cláusula pela qual o donatário se obriga a restituir os valores aparentemente doados.

Do mesmo modo, pode-se verificar simulação sobre o *critério temporal*, quando o conteúdo do pacto simulatório recair sobre uma data específica, visando a evitar o aumento de um tributo ou garantir o aproveitamento de um benefício fiscal ou isenção que tenha se dado em momento posterior à celebração do negócio jurídico.

A simulação tributária, da mesma maneira, pode modificar o *critério espacial* da regra-matriz de incidência tributária quando os negócios jurídicos forem celebrados, de modo a permitir a transferência da titularidade ativa da obrigação, deslocando-se a ocorrência do fato jurídico tributário no aspecto territorial. Assim, o contribuinte real pode substituir a situação de sujeição passiva para outro município, estado ou país, que tenha uma repercussão tributário menor ou inexistente.

Quanto à base de cálculo, ocorre simulação quando se visa à redução ou à anulação do aspecto quantitativo da obrigação tributária. Exemplo cla-

ro de simulação ocorre quando as partes adulteram o valor de uma operação tributável, ocultando um preço que na verdade seria superior ao valor declarado. No caso de compra e venda de imóveis, é comum a prática do preço pago “por fora”, o que ocultaria a base de cálculo real do tributo devido a título de Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI.

Quanto ao sujeito passivo, ocorre simulação quando o contribuinte celebra negócios jurídicos com uma pessoa física ou jurídica para obter vantagens na operação (não tributada), mas que na verdade os destinatários dos efeitos jurídicos eram outros (numa operação que seria tributada). É o caso em que a lei considera distribuição disfarçada de lucros um pagamento a sócio ou administrador, quando se procura simular uma operação realizada com terceiro que transferira a vantagem obtida ao sócio ou administrador.

Por fim, a simulação pode ocorrer também nos casos de benefícios fiscais, quando os atos ou negócios jurídicos celebrados de forma simulada constituírem pressupostos de tais benefícios.

Vale aqui ressaltar a diferença entre simulação e sonegação. A sonegação é considerada crime contra a ordem tributária, tipificada na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. A omissão de informações (crime material) e a prestação de falsas declarações (crime formal) estão tipificadas no artigo 1º, inciso I, e no artigo 2º, inciso I, no ato de “omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias”.

Desta feita, enquanto a simulação configura-se como vício do ato ou negócio jurídico, passível então de caracterizar-se como uma infração à Administração, a sonegação é crime contra a ordem tributária, punível com as sanções penais específicas citadas na lei.

Por fim, mister também é ressaltar o fato de que a simulação é um dos vícios do negócio jurídico, cuja consequência é a nulidade. Esta é de ordem pública e deve ser decretada no interesse da própria coletividade, de ofício, pela autoridade judiciária competente. A nulidade não pode ser sanada pela confirmação (art. 169, *caput*, do Código Civil de 2002) nem suprida pelo juiz (art. 168, parágrafo único, do Código Civil de 2002).

Assim, para que a Fazenda Pública possa desconsiderar um ato ou negócio jurídico “supostamente dissimulado” praticado pelo particular, deverá ingressar em juízo, desde que devidamente provado, requerendo pronunciamento judicial para declarar a nulidade de tal ato ou negócio. À luz do novel diploma privado, não há alternativa à autoridade administrativa fazendária para anular os atos dissimulados do contribuinte senão a propositura de ação judicial própria.

Portanto, nos casos de simulação relativa, a legitimação ativa para propor ação de anulação será sempre do terceiro ofendido. Sendo a Fazenda Pública prejudicada pelo negócio simulado pelo contribuinte, tem legitimidade ativa para ajuizar a referida ação.

## 6 NEGÓCIOS JURÍDICOS INDIRETOS

A teoria do negócio jurídico indireto ou negócio *com um fim indireto* – como preferem Ascarelli, Ferrara e Messina – foi formulada pela doutrina alemã, de orientação pandectista.

Denomina-se negócio indireto “o negócio jurídico que as partes celebram para através dele atingir fins diversos dos que representam a estrutura típica daquele esquema negocial (sic)”<sup>17</sup>.

O negócio indireto caracteriza-se pela utilização de um negócio típico para realizar um fim distinto de sua causa determinante. Assim, o fim pretendido pelas partes não está inserto na forma declarada do negócio, mas noutro negócio jurídico que lhe subentende. No negócio jurídico indireto, as partes buscam uma finalidade lícita, apesar de não ser esta típica da forma utilizada. O objetivo traçado é consciente e lícito, é verdadeiramente querido pelas partes.

Bem esclarece a noção de negócio indireto Rutnéa Navarro Guerreiro:

No negócio indireto, as partes querem o negócio que realizam e desejam produzir e suportar, também, seus efeitos ostensivamente indicados, sujeitando-se à disciplina própria do negócio adotado. Porém, além desses efeitos, alcançam também o fim prático visado que, no caso de planejamento tributário, é a economia fiscal. Nada é clandestino ou simulado. E mesmo os fins que não sejam os típicos do negócio adotado, são lícitos, notórios e declaráveis.<sup>18</sup>

A realização de um negócio indireto, apesar de tema estudado no âmbito do Direito Privado, tem reflexos no Direito Tributário. Ao celebrar um negócio indireto, as partes procuram um resultado análogo ao pretendido, com a vantagem da não-ocorrência do fato jurídico tributário. Torna-se, portanto, o negócio indireto mais viável economicamente. Podemos afirmar, assim, que o negócio jurídico indireto é o instituto jurídico que permite o planejamento tributário.

Às vezes, o negócio indireto é celebrado com o intuito de reduzir as conseqüências fiscais, pois o tipo legal prevê a tributação de forma menos onerosa na forma escolhida pelas partes. Assim, o negócio jurídico indireto surtirá os mesmos efeitos pretendidos pelas partes (se tivessem escolhido o negócio jurídico real), mas sem desencadear efeitos fiscais mais gravosos. São casos em que, em razão do negócio indireto, incidem neste alíquotas menores ou algumas deduções legais.

O negócio indireto também pode decorrer da composição de vários negócios, o que a doutrina chama de *negócio pluriformal*. Este se caracteriza pela conexão de vários negócios individuais, com base numa unicidade de fontes ou de fins. Noutros termos, o negócio pluriformal é uma espécie de negócio indireto onde há um agrupamento de vários negócios conexos, que

tenham um fim próprio, distinto dos daqueles documentos simultâneos ou sucessivos. Não vislumbramos qualquer ilicitude nestes negócios pluriformais, pois o meio escolhido pelo particular está de acordo com o ordenamento jurídico, não havendo proibição legal para sua instrumentalização.

Por isso, não é correto dizer que todo negócio jurídico indireto é viciado por simulação, devendo ser declarado assim nulo. Existem situações distintas na formação do negócio indireto, as quais devem ser analisadas de *per se*. Para Heleno Tórres, é importante analisar a causa do negócio jurídico para se determinar a sua licitude.<sup>19</sup>

É preciso, portanto, separar as diferentes hipóteses de negócio indireto: quando houver a escolha livre de certo tipo legal (lícita) das hipóteses de simulação e fraude (ilícitas). Não olvidamos que esta matéria é de árdua comprovação, mas não de impossível análise da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Os negócios jurídicos indiretos diferenciam-se dos negócios simulados com base em sua correspondência na realidade. Assim, o negócio indireto é verdadeiro, ao passo que o simulado é falso e mentiroso. Na simulação, há divergência entre a vontade declarada e a vontade real, revelando, portanto, a intenção das partes em falsear ou ocultar a realidade do ato ou negócio jurídico. O negócio indireto é verdadeiro, pois não há divergência entre a vontade declarada e a real. Existe apenas divergência entre a causa determinante do negócio e os fins almejados pelas partes. Ao contrário da simulação, tal divergência não está escondida ou obscura, mas encontra-se às claras.

Assim, sendo o negócio jurídico indireto o instituto de instrumentalização do planejamento tributário, bem como sendo aquele diferente da simulação em função da ilicitude deste, é possível concluir que a figura do planejamento tributário – feita por meio de negócio jurídico indireto – é lícita e não vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário da simulação, que é sancionada pelo legislador brasileiro.

Não há, portanto, ao contrário do que alguns autores afirmam, ato ardiloso, imoral ou mesmo ilegal no negócio jurídico indireto. O processo utilizado por este está perfeitamente dentro do campo da licitude, pois a economia fiscal não é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## 7 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Como mencionado no item 1, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social foi marcada, no âmbito do Direito Privado, pela mudança de enfoque na questão contratual. Os contratos eram vistos, inicialmente, sob o aspecto da liberdade contratual, da autonomia da vontade e autonomia privada. O princípio do *pacta sunt servanda* era o fundamento basilar de toda a estrutura da teoria geral dos contratos.

Posteriormente, a vontade contratual foi limitada perante uma nova ordem pública. As normas individuais e concretas – instrumentalizadas pelos contratos – não devem atender apenas aos interesses das partes contratantes, mas também devem se voltar um pouco ao interesse coletivo. Assim, começa-se a manifestar outro princípio, hoje tão propalado e defendido na doutrina e jurisprudência pátrias – o da *função social dos contratos*.

O novo Código Civil brasileiro realça o conteúdo social dos contratos, em seu artigo 421, enunciando: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.<sup>20</sup>

Fica evidente, portanto, que os contratos devem ser celebrados com duas finalidades: a primeira cinge-se ao interesse das partes contratantes; a segunda deve ponderar aqueles interesses, sem se descuidar de preservar sempre uma função social para aquele contrato. Do contrário, tal negócio jurídico pode ser alvo de um controle judicial a fim de se adequar à nova ordem pública.

Neste ponto, trazemos a questão sobre a aplicabilidade de uma norma geral antielisiva em face do princípio da função social dos contratos. É possível, noutros termos, que um negócio jurídico realizado no intuito de reduzir a carga tributária tenha que se enquadrar no aspecto material da hipótese de incidência tributária, em virtude da função social que o mesmo deve buscar?

Entendemos que a autonomia privada é que propulsiona a realização de todos os contratos. Não há negócio jurídico sem vontade, sem o desejo das partes contratantes de celebrar um acordo a fim de se alcançar um objetivo comum e benéfico para ambos.

Sucedem que este interesse privado não pode ser almejado e construído em detrimento do interesse público. Aquele interesse dos contratantes não deve ser entendido de forma absoluta, sem questionamentos de terceiros. É preciso pensar no coletivo, buscando sempre aquele interesse privado com os anseios da coletividade, com os próprios direitos inerentes a toda sociedade.

Poder-se-ia argumentar que uma norma geral antielisiva tem justamente esta finalidade: a de coadunar os interesses privados expressos num negócio jurídico (desqualificando a forma jurídica adotada) ao interesse público (realizando a imposição tributária e, conseqüentemente, alcançando maior arrecadação aos cofres públicos). Em suma, seria a adequação do contrato realizado com o intuito de reduzir, evitar ou postergar a incidência de um tributo à sua realidade como hipótese normativa, em virtude da função social dos contratos.

Não nos parece que assim seja. Acreditamos, portanto, que o melhor entendimento deve levar em consideração a conjugação de dois fatores: (i) a busca do melhor caminho para particular e Poder Público (pela realização

da função social do contrato); (ii) a utilização de formas jurídicas válidas, sem a violação direta ou indireta da lei. Estando presentes estes dois elementos, o negócio jurídico celebrado pelo particular estará alcançando o interesse privado (almejado pelos contratantes), realizando o interesse público (na preservação da ordem jurídica) e cumprindo a função social dos contratos (pela prática e incentivo da atividade econômica no país).

## 8 CONCLUSÕES

Em suma, conclui-se o seguinte:

a) como não se trata de uma intervenção estatal com caráter extrafiscal, não entendemos possível o condicionamento dos negócios jurídicos – dotados de autonomia privada – aos interesses protegidos pelas normas jurídicas tributárias. Noutros termos, é inconstitucional a subordinação da declaração de vontade dos particulares, autônoma em sua essência, na conformação de seus negócios jurídicos aos interesses meramente arrecadadores do Poder Tributante Estatal.

b) a utilização da doutrina do abuso de direito é um equívoco diante do ordenamento jurídico brasileiro. O conceito de abuso de direito deve ser erradicado da seara do Direito Tributário, em face dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

c) a teoria do propósito do negócio como instrumento legitimador da teoria do abuso de forma não tem receptividade nem aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, em face dos princípios da legalidade, tipicidade e segurança jurídica.

d) com efeito, entendemos ser possível a aplicação do instituto da “fraude à lei”, em matéria tributária, com a finalidade de desconsiderar atos e negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, mediante instrumentos ausentes de causa, violando indiretamente à lei, com o fim exclusivo de economia de tributo, desde que esse direito do fisco seja alegado em processo judicial próprio.

e) o sistema tributário brasileiro não acolhe a doutrina da interpretação econômica do “fato gerador”, o que implica a constatação de que o negócio jurídico indireto é um meio válido e lícito para a redução da carga tributária.

f) o princípio da função social dos contratos não tem o condão de desqualificar a forma jurídica adotada pelo particular em sua relação de negócios, no intuito de enquadrá-lo como contribuinte de um tributo cuja hipótese de incidência seja semelhante economicamente a outra forma antes adotada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188.* São Paulo: Atlas, 2003. v. II.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Os limites atuais do planejamento tributário (apreciação crítica da Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que procura introduzir no Brasil a 'interpretação econômica do direito tributário' ou a chamada 'norma geral antielisiva'). *Planejamento Tributário e a Lei Complementar n. 104.* São Paulo: Dialética, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral.* São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- GUERREIRO, Rutnéa Navarro. Planejamento tributário: os limites de licitude e de ilicitude. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Planejamento fiscal: teoria e prática.* São Paulo: Dialética, 1998. v. 2.
- RODRIGUES, Flávio Martins. A interpretação do direito tributário: o declínio do método sistemático. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Temas de interpretação do direito tributário.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral.* 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- TÔRRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada; simulação; elisão tributária.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário.* 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva.* São Paulo: Dialética, 2002.

<sup>1</sup> TÔRRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada; simulação; elisão tributária.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 114.

<sup>2</sup> TÔRRES, *op. cit.*, p. 119.

<sup>3</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário.* 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, *op. cit.*, p. 219.

<sup>4</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Os limites atuais do planejamento tributário (apreciação crítica da Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que procura introduzir no Brasil a 'interpretação econômica do direito tributário' ou a chamada 'norma geral antielisiva'). *Planejamento Tributário e a Lei Complementar n. 104.* São Paulo: Dialética, 2001, p. 298.

<sup>5</sup> TÔRRES, *op. cit.*, p. 337-338.

<sup>6</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 224.

<sup>7</sup> Neste caso, o contribuinte adotou um artifício para transferir ações de uma empresa para sua pessoa, mediante uma reorganização societária em que esta ocultava a real finalidade. A empresa transferiu parte de suas ações para outra empresa criada artificialmente, que logo após deixou de existir, para depois consumir o plano de transferência das ações da primeira empresa ao contribuinte, sem incidência de imposto. Levado o caso a apreciação judicial, a Suprema Corte americana entendeu ter havido uma forma tortuosa de reorganização societária, não admitindo o abuso da forma adotada pelo contribuinte para a transmissão de ações de uma companhia, sem a incidência de imposto.

<sup>8</sup> RODRIGUES, Flávio Martins. A interpretação do direito tributário: o declínio do método sistemático. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Temas de interpretação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107.

<sup>9</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188*. São Paulo: Atlas, 2003. v. II, p. 290.

<sup>10</sup> TÔRRES, *op. cit.*, p. 338-339.

<sup>11</sup> XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 65.

<sup>12</sup> XAVIER, *op. cit.*, p. 99-100.

<sup>13</sup> Como assevera Xavier (2002, p. 100) na utilização do recurso da integração analógica como forma de repressão à fraude à lei, “o espírito da lei não é suficiente para conduzir à conclusão que a norma tributária se aplica a todos os atos de efeitos econômicos equivalentes aos dos atos tipificados, sejam quais forem os motivos que conduziram à sua prática”.

<sup>14</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 436.

<sup>15</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 295; 299.

<sup>16</sup> Para esse jurista, a norma em comento atua no domínio dos atos simulados, enquanto a norma geral antielisiva atua no domínio dos atos verdadeiros não previstos na norma tributária, mas que produzem efeitos econômicos semelhantes, utilizando-se da analogia para efetuar a tributação.

<sup>17</sup> XAVIER, *op. cit.*, p. 59.

<sup>18</sup> GUERREIRO, Rutnéa Navarro. Planejamento tributário: os limites de licitude e de ilicitude. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Planejamento fiscal: teoria e prática*. São Paulo: Dialética, 1998. v. 2, p. 156.

<sup>19</sup> De acordo com Tôrres (2003, p. 164), “para que se possa aferir a ocorrência de simulação, dolo ou fraude à lei, importa apurar, em cada caso concreto, a adequação funcional do tipo à causa, da forma à substância. Sendo causa e tipo previstos em lei, tem-se negócio típico; sendo tipo diferente, ter-se-á negócio atípico; e sendo típico o negócio, mas divergente a sua causa, lídimo negócio jurídico indireto. Nesses termos, sua licitude será incontestável. Por isso, uma doutrina mais rigorosa do negócio indireto oferta-lhes defesa, que na verdade é uma defesa das liberdades negociais. Separa-se, assim, a opção lícita de escolher causa diversa da que acompanha certo tipo legal das hipóteses de simulação ou fraude à lei, tendo em vista a importância daqueles negócios no tráfico jurídico e o necessário rigor de controle que se deve operar sobre os vícios mencionados”.

<sup>20</sup> Comentando este dispositivo legal, leciona Venosa: “O controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico. Como procura enfatizar o novo diploma, o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade”. (*Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 376.)

## THE INSTITUTES OF PRIVATE LAW AND LAW TRIBUTE

### ABSTRACT

The article analyses the main principles of private law facing the tributary jurisdiction – especially on the application of a *non-elusive* principle. To the accords celebrated by the individuals and corporations should be applied the principles of the autonomy of will and of the social function of the contracts. A tributary legislation must be in tune with those principles, respects their private autonomy and the good-will of the parts. However, the public instance on tributes, regarding the public interest, may invalidate judicially contracts celebrated by the tax payers in cases of simulation, breaking the law, or when not root based in a cause, in order to apply the pertinent tributary principle.

### KEYWORDS

Private Law. Law Tribute. Autonomy of will. Right and formal abuse. Non-elusive General Principle.

## INSTITUTIONS DE DROIT PRIVÉ ET LE DROIT FISCAL

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article qui analyse les principaux institutions du Droit privé en application au Droit fiscal, notamment s'agissant de l'application d'une norme générale anti-évasive. Aux affaires juridiques célébrées par les personnes physiques et juridiques il faut appliquer les principes de l'autonomie de la volonté et de la fonction sociale des contrats. La législation tribulaire doit se combiner avec tels principes, respectant l'autonomie privée et la bonne foi des contractants. Néanmoins, le Pouvoir Public fiscal, dans la réalisation de l'intérêt public et dans la conservation de l'ordre juridique, pourra, par voie judiciaire, annuler les affaires juridiques célébrées par les contribuables dans les cas de simulation, avec fraude à la loi et avec intention, quand dépourvues de cause justifiable, avec l'intention d'appliquer la norme tribulaire pertinente.

### MOTS-CLÉS

Droit privé. Droit fiscal. Autonomie privée. Abus de droit et de forme. Norme générale anti-évasive.

# NOÇÕES TEÓRICAS FUNDAMENTAIS SOBRE A COISA JULGADA MATERIAL

*Juraci Mourão Lopes Filho\**

1 Introdução. 2 O instituto da coisa julgada. 2.1 Relação entre sentença e coisa julgada. 2.2 Efeitos e eficácia da sentença e a coisa julgada. 2.3 Conteúdo da sentença e coisa julgada. 2.4 Eficácia preclusiva da coisa julgada. 3 Os limites da coisa julgada. 4 Conclusões.

## RESUMO

O presente trabalho aborda os aspectos fundamentais para o conhecimento do instituto da coisa julgada no Direito brasileiro, ponto fundamental do Direito Processual Civil e delineador da função jurisdicional.

## PALAVRAS-CHAVE

Coisa Julgada. Sentença. Eficácia. Efeitos. Conteúdo. Limites.

## 1 INTRODUÇÃO

A função jurisdicional, desempenhada pelo Estado, possui como característica definidora o cunho terminativo na solução de conflitos sociais. Diferente do que ocorre com as demais formas de tratamento de conflitos – sejam autônomicas ou heteronômicas – representa a Jurisdição o pronunciamento final acerca do litígio posto sob sua apreciação, atuando mediante a aplicação do direito substantivo atinente à espécie.

É nesse contexto que se encontra o instituto da coisa julgada. Opera ela como o *instrumento* responsável pela imutabilidade dos pronunciamentos jurisdicionais finais. Verifica-se, assim, que à coisa julgada deve ser atribuído um caráter prioritariamente prático, vez que visa ela, basicamente, a evitar um estado de perpétua incerteza.

É inegável seu fundamento até mesmo político, haja vista o interesse de que a partir de certo momento a decisão do magistrado, seja ela justa ou injusta, fique imune a qualquer tipo de ataque ou modificação. É menos em função de um efeito da justiça da decisão do que uma opção do legislador que se diz que uma sentença passa em julgado.

---

\* Mestre em Direito (UFC). Especialista em Direito Processual Civil (UFC). Coordenador-Geral Adjunto do Curso de Direito da Faculdade Christus (Fortaleza-CE). Assessor do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Professor Universitário.

Quanto ao fundamento eminentemente jurídico, os autores não chegam a um ponto comum. Várias doutrinas disputam a preeminência entre os estudiosos do assunto, dentre elas a que sustenta a presunção da verdade do pronunciamento jurisdicional, bem como a referente à concepção da coisa julgada como uma ficção.

Seus contornos e, em especial, seus limites são muito debatidos, o que permite se olvidar uma distinção essencial: aquela consistente entre coisa julgada e sua eficácia preclusiva.

Assim, neste trabalho, no qual não se tem a pretensão de esgotar o assunto ou encerrar verdades, discorreremos acerca dos elementos fundamentais da coisa julgada, sem os quais uma perfeita compreensão do instituto não é possível.

## 2 O INSTITUTO DA COISA JULGADA

Não há um consenso a respeito da exata compreensão da coisa julgada. Ela é tratada muitas vezes como a própria sentença, ou com seu respectivo conteúdo, bem como uma eficácia sua ou efeito.

Nossa legislação, especificamente no art. 467 do Código de Processo Civil, tenta encerrar a controvérsia, definindo a coisa julgada como “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. No entanto, a definição traz consigo alguns pontos que não condizem com o restante do sistema normativo, bem como encontra empecilho de ordem teórica.

Não se houve bem, igualmente, nossa Lei de Introdução do Código Civil ao definir, em seu art. 6º, § 3º, a coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

As definições em sede doutrinária também são as mais diferentes.

Celso Neves também concebe a coisa julgada como um efeito da sentença quando define que

coisa julgada é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial.

Moacyr Amaral dos Santos – um de nossos mais populares tratadistas – não apresenta clareza ao afirmar que “é aí se tem o que se chama coisa julgada material, ou coisa julgada substancial, que consiste no fenômeno pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes”<sup>2</sup>.

Carnelutti apresenta conceito duplo ao dizer que “...recebe também e especialmente o nome de coisa julgada que, por conseguinte, serve para designar, tanto a decisão em conjunto, quanto em particular sua eficácia”<sup>3</sup>.

Victor Fairen Guillen, jurista espanhol, sobre a coisa julgada assenta que “es una institución destinada a proteger las resoluciones judiciales – conflictos en los que ha intervenido el órgano jurisdiccional, resolviéndole por la aplicación de la norma a caso concreto”<sup>4</sup>.

O posicionamento que adotaremos será o de José Carlos Barbosa Moreira (1970; 1971; 1972; 1984), o qual consigna que a coisa julgada é instituto de função essencialmente prática que existe para assegurar a estabilidade à tutela jurisdicional.

Diante de tudo isso, temos que despender atenção sobre os pontos teóricos fundamentais: a) a relação entre sentença e coisa julgada; b) eficácia e efeito da sentença; c) eficácia preclusiva da coisa julgada; e d) passagem em julgado.

## 2.1 Relação entre sentença e coisa julgada

Embora desde o período romanescos a dogmática jurídica vislumbre a distinção entre sentença e coisa julgada, ainda hoje persiste corrente doutrinária que confunde ambos, tanto assim que influenciou o conceito dado pela Lei de Introdução ao Código Civil, conforme acima transcrito.

A respeito desta concepção, José Carlos Barbosa Moreira aduz oportuno comentário:

Chamar coisa julgada à própria sentença, desde que inatacável através de recurso, será, na melhor hipótese, empregar linguagem figurada para indicar o momento em que a coisa julgada se forma. A expressão, demasiado simplificadora, permite-nos saber quando começa a existir a coisa julgada; nada nos informa, porém, sobre a essência do fenômeno e sobre o modo com ele atua para desempenhar sua função específica. Detém-se a regra legal no aspecto cronológico e deixa<sup>5</sup> totalmente na sua sombra o aspecto ontológico da coisa julgada.

Nessa linha de idéias, não vislumbramos a confusão entre a sentença e a coisa julgada, embora haja entre ambas uma estreita relação.

Com efeito, a sentença corresponde ao ato do juiz pelo qual ele apresenta solução, em primeira instância, à situação litigiosa posta em juízo, ou seja, é o ato (decisório) pelo qual o magistrado entrega às partes a tutela jurisdicional do Estado. A partir de um determinado momento – chamado de trânsito em julgado – esta decisão adquire foros de definitividade, atendendo à demanda de estabilidade da tutela jurisdicional referida acima.

Portanto, é a partir do trânsito em julgado que a sentença definitiva se reveste da qualidade de coisa julgada (material), entendida esta como condição de imutabilidade da solução dada pelo juiz, que se torna imune a contestações juridicamente relevantes, tanto no âmbito do processo em que foi prolatada, como em qualquer outro, vinculando as parte e quaisquer juízes.

Dessarte, embora relacionadas entre si, a coisa julgada e a sentença não se confundem. Por coisa julgada devemos entender a imutabilidade que adquire a sentença passada em julgado, ou seja, não mais atacável por recurso.

É certo que o momento em que se considera que uma sentença passa a ter a autoridade da coisa julgada é questão exclusivamente de política legislativa, dada as diferentes soluções apontadas pelos ordenamentos de outros países. Em alguns, considera-se o trânsito em julgado quando a sentença não for mais sujeita a certos recursos. Essa questão traz consigo até mesmo a concepção do que seja recurso, tendo em vista a existência de ações autônomas que se prestam a atacar sentenças definitivas, que somente não são chamadas de recurso por opção do legislador. É o caso de nossa ação rescisória.

De fato, em nosso direito a sentença transitada em julgado pode ainda ser atacada por meio de rescisória, que em alguns países é considerado como recurso extraordinário, e nem por isso deixa de passar em julgado adquirindo a qualidade de coisa julgada.

Portanto, o momento em que se considera que uma sentença adquire foros de definitividade, isso é, passa a ter a autoridade da coisa julgada, é opção legislativa, mas sempre sem perder de vista este caráter de imutabilidade, porquanto de nada adiantaria considerar transitada em julgada uma sentença ainda atacável por recurso ordinário.

## 2.2 Efeitos e eficácia da sentença e a coisa julgada

Uma vez acertada a diferença entre sentença e coisa julgada, devemos tecer maiores detalhamentos quanto à correlação existente entre ambas, haja vista muitos considerarem esta como um efeito daquela.

Para quem se afilia a este entendimento, a coisa julgada é considerada como um dos efeitos da sentença, ou até mesmo como a sua eficácia específica, concebida esta como o plexo de conseqüências que o ordenamento faz derivar da sentença. É apreendida ainda como o conjunto de requisitos exigidos para que a sentença possa valer de forma plena e considerar-se perfeita.<sup>6</sup>

Contudo, não é que a sentença, após o trânsito em julgado, produza o efeito de tornar-se imutável, mas na verdade ela sofre o efeito da autoridade da coisa julgada. Seu papel é mais passivo do que ativo, nessa situação.

Quanto a este ponto, Liebman apresentou brilhante contribuição, pois foi quem melhor demonstrou não ser a coisa julgada um efeito da sentença. Importante passagem da clássica obra do autor ressalta esta sua compreensão:

Considerar a coisa julgada como efeito da sentença e ao mesmo tempo admitir que a sentença ora produz simples declaração, ora efeito constitutivo, assim de direito substantivo, como de direito processual, significa colocar frente a frente elementos inconciliáveis, grandezas incongruentes e entre si incomensuráveis. Seria, pois, a coisa julgada um efeito que se põe ao lado e no mesmo nível ou se sobrepõe a eles e os abrange? Ou é, pelo contrário, antes uma qualidade com que se produzem?

Estas perguntas o autor responde mais adiante:

A autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se de seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as deferentes categorias das sentenças.

Como se vê, o mestre italiano, que tanto influenciou o direito processual brasileiro, foi brilhante em descaracterizar a coisa julgada como um efeito da sentença; no entanto, não chegou a apartá-los de forma plena como deveria ter feito, porquanto liga a coisa julgada à imutabilidade dos efeitos da sentença, o que não procede.

Os efeitos da sentença, nos casos em que ela versar sobre direitos disponíveis, podem, posteriormente a sua prolação, ser modificados segundo a livre conveniência das partes, quando assim o ordenamento jurídico permitir.

Exemplo de uma situação destas ocorreria quando o juiz condenasse um determinado sujeito A pagar a B a importância de cem reais, e, depois do trânsito em julgado, o mesmo A pagasse a B somente noventa reais e este desse plena quitação à dívida. Sem dúvida alguma os efeitos da sentença foram completamente diferentes do que os imputados pela sentença, sem, contudo, se infirmar a autoridade da coisa julgada.

Isto nos induz a asseverar que a intangibilidade que a coisa julgada produz não se liga aos efeitos da sentença, mas sim à própria sentença.

É certo, pois, que os efeitos jurídicos produzidos pela sentença – mesmo que acobertada pela autoridade da coisa julgada – não são imunes a futuras modificações, segundo a livre disposição das partes. No entanto, há o único limite decorrente da própria indisponibilidade do direito tratado na sentença. Aí sim, por não poderem as partes livremente convencionar sobre estes direitos, os efeitos da sentença tornam-se imutáveis, sem, contudo, infirmar a regra de que a definitividade é somente da sentença.

Isso se torna ainda mais claro se nos lembrarmos de que a sentença é um ato jurídico, e como tal sua permanência e mutabilidade não se ligam a seus efeitos, porquanto é perfeitamente admissível pelo Direito a possibilidade de atos jurídicos suscetíveis de modificação ou desfazimento produzirem efeitos; sendo igualmente verdade poderem os atos jurídicos deixar de manifestarem-se, ou ver-se tolhidos ou alterados, não obstante permaneçam eles em si intactos.

Não obstante, merece atenção o fato de que a modificação dos efeitos da sentença se dá em função de um negócio jurídico celebrado espontaneamente pelas partes, jamais por uma nova sentença, haja vista que esta nunca poderá olvidar o que já fora decidido anteriormente.

Embora a eficácia da sentença – entendida como a aptidão de produzir efeitos – opere normalmente só após o trânsito em julgado, ou seja, quando adquirir a autoridade da coisa julgada, não é verdade que a falta desta necessariamente impeça a atuação daquela. Não é porque, via de regra, os efeitos da sentença ocorram somente com o trânsito em julgado que será menos nítida a distinção ontológica entre ambas.

Diante do exposto, temos que a autoridade da coisa julgada não se refere à imutabilidade dos efeitos da sentença, mas sim da própria sentença, que começa a ter eficácia, normalmente, depois do trânsito em julgado. Portanto, embora relacionados estes três fenômenos jurídicos não se confundem.

### 2.3 Conteúdo da sentença e coisa julgada

Conforme assentado acima, a coisa julgada não propicia imutabilidade aos efeitos da sentença, mas na verdade à própria sentença. Surge, então, a questão de se saber se é toda a sentença que resta imodificável a partir do trânsito em julgado ou somente alguma parte ou elemento seu.

Para se analisar esta questão é necessário que se tenha em mente que a função da coisa julgada é garantir a estabilidade da situação jurídica tratada na sentença, ou seja, a imutabilidade do mérito da forma em que foi decidido. Assim, como o mérito é definido pelo pedido, e o pedido é apreciado no dispositivo da sentença, temos que o que restará intangível com o trânsito em julgado é somente o dispositivo da sentença. Com efeito, é no dispositivo que a *res in judicio deducta* será apreciada e se transformará em *res judicata*.

É nesse sentido que aponta o art. 469 do Código de Processo Civil:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Acatando este posicionamento temos decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>.

Assim, não fazem coisa julgada os motivos que levaram o juiz a decidir, no entanto, como são pressupostos lógicos para a própria decisão são eles atingidos pela eficácia preclusiva da coisa julgada, conforme será demonstrado mais adiante.

Alguns estudiosos do direito processual civil vão além e afirmam que o que é alcançado pela coisa julgada é somente o conteúdo declaratório da sentença. Dentre os que possuem este posicionamento temos Celso Neves, Ovídio Batista e Pontes de Miranda, para citar somente estes três.

Essa ligação entre coisa julgada e conteúdo declaratório da sentença tem origem em uma concepção vigente de sentença antes muito comum de ser ela a declaração da norma jurídica aplicável ao caso. É exemplo dessa corrente Alfredo Rocco:

Una vez establecido así que la sentencia es en su esencia un acto de la inteligencia del juez y, precisamente, un juicio lógico que reviste la forma del silogismo, se ha dicho ya implícitamente cuál es la materia de este juicio; es la declaración de la norma jurídica aplicable en el caso concreto, o sea, de la tutela jurídica que la ley concede a in determinado interés. La norma, tanto puede ser una regla de derecho material, como una regla procesal, u de interés concreto cuya tutela se trata de declarar, tanto un interés material o primario como un interés procesal o secundario. Hay, pues, sentencias, cuyo contenido es una relación de derecho material, y sentencias, cuyo contenido es una relación procesal. Pero siempre es necesario para que haya esencialmente una sentencia, que se trate de declarar una relación concreta, jurídica, controvertida o incierta. Si el acto del juez no se encamina a hacer cesar la incertidumbre sobre la norma aplicable en el caso concreto, sino solamente a regular el orden del procedimiento, tendremos una providencia que no es substancialmente una sentencia.

Bem define este posicionamento Sérgio Gilberto Porto, que depois de referir-se a pensamento destes autores, arremata:

Assim, adequado concluir que se alguma coisa a todo questionamento escapa e adquire condição de indiscutível – não podendo ser objeto de controvérsia futura juridicamente relevante, nem objeto de transação -, este algo é interno à sentença, resultando, pois, nesta medida, a autoridade da coisa julgada circunscrita à norma concreta editada pela decisão, o que é efetivado através da nova situação jurídica declarada, definindo-se a extensão desta como limites objetivos da coisa julgada.

[...]

Este é um retrato da doutrina clássica a respeito do assunto. É um pensamento advindo da Alemanha, onde se identificava a coisa julgada como efeito declaratório (*feststellungswirkung*), restando tão arraigado em nossa doutrina tradicional a ponto de Celso Neves afirmar no n.º 7 de suas conclusões que a coisa julgada “é restrita ao elemento declaratório das sentenças, desde o momento da imutabilidade e indiscutibilidade da sua eficácia.<sup>12</sup>”

O mesmo autor aponta como razão para isso a concepção de que a coisa julgada se liga ao processo de conhecimento, e sendo a atividade constitutiva e condenatória pertencentes ao plano executório da jurisdição, não seriam alcançadas pela coisa julgada.

Contudo, este não nos parece o pensamento mais acertado a respeito do tema. Com efeito, não há razão para isso.

Devemos sempre ter em mente o caráter funcional da coisa julgada no sentido de garantir a permanência do pronunciamento judicial final, seja ele de que natureza for (declaratório, constitutivo ou condenatório).

Liebman é enfático ao rebater esta redução da coisa julgada à declaração:

Esta identificação da declaração jurisdicional com a autoridade da coisa julgada, essa penetração de uma na outra, essa redução de eficácia da primeira à segunda, constitui erro singular de perspectiva, cujo psicológico não é difícil compreender, porque a incontestabilidade que a autoridade do julgado confere ao resultado do processo aparece, no caso de provimento de mera declaração, com caráter de necessidade bem maior do que sucede no caso da sentença constitutiva ou condenatória, pelo menos no sentido de que a declaração sem coisa julgada se apresenta destituída de importância e não serve para nada, não tendo outra utilidade que não produzir a certeza indiscutível da existência ou inexistência de uma relação jurídica.<sup>13</sup>

Moreira cita um exemplo por demais elucidativo, em trabalho específico seu sobre o assunto:

Consideremos um exemplo frisante. Por sentença transitada em julgado, mediante ação proposta por A contra B, anulou-se contrato entre ambos celebrado. Noutro processo, B exige de A o cumprimento da obrigação contratual e argumenta: ‘não discuto que A tivesse direito à anulação do contrato; ora só isso é que ficou coberto pela coisa julgada. A anulação mesma, em si, essa não goza de igual proteção; logo, posso contestá-la, para afirmar subsistente o contrato, e por conseguinte demandar-lhe o

cumprimento, sem ofender a ‘res iudicata’, Andaria bem o juiz que acolhesse semelhante argumentação?<sup>14</sup>

Diante disso, percebemos que, como a coisa julgada tem finalidade eminentemente prática, e essa concepção a respeito de ela alcançar somente a declaração em nada contribui esta sua finalidade, na verdade a atrapalha, não há, pois, porque adotá-la.

O que interessa para este instituto é impedir que, após transitado em julgado, o pronunciamento de mérito fique imune a qualquer tipo de impugnação jurídica, qualquer que seja este pronunciamento, declaratório, constitutivo ou condenatório. É exatamente a coisa julgada que impede que um segundo processo, com o mesmo objeto de outro anterior, modifique a constituição ou a condenação anteriormente prolatada, não havendo motivo juridicamente relevante para que se restrinja somente à declaração contida na sentença.

#### 2.4 Eficácia preclusiva da coisa julgada

Para resolver o litígio posto sob sua apreciação, o juiz deverá, necessariamente, deter análise sobre as questões que as partes reputam relevantes para a solução do mérito do processo, bem como o próprio magistrado deve analisar algumas outras questões de ofício. Julgar, portanto, é um ato (jurisdicional) de solucionar questões. É nesse sentido que se expressa João Batista Monteiro, em trabalho específico na doutrina nacional: “assim, poder-se-á definir decisão pela forma seguinte: ‘decisão é o ato jurídico pelo qual o juiz resolve uma questão ou um conjunto de questões surgidas no processo”.

Sobre o que se deve entender por questões, Carnelutti<sup>15</sup> é enfático ao dizer que

quando uma afirmação compreendida na razão (da pretensão ou da discussão) possa engendrar dúvidas e, portanto, tenha de ser verificada, converte-se numa questão. A que se pode definir, pois, como um ponto duvidoso, de fato ou de direito, e sua afirmação é correlativa da afirmação.

Portanto, os fundamentos para análise das questões – que podem ser de fato e de direito – é uma tarefa que precede logicamente a decisão do mérito da causa, e que, por isso, a influencia.

Nesta linha de idéias, as partes possuem o ônus de levantar, oportunamente, os pontos que desejem que o juiz analise quando for decidir.

Esses pontos, uma vez proferida a sentença, e transitada ela em julgado, não podem mais ser juridicamente argüidos para o mesmo fim. Mesmo as

questões não alegadas e, portanto, não constantes expressamente na sentença, não podem ser argüidas em novo processo que tenha o mesmo objeto do anterior em que já consta a tutela jurisdicional final, pois a presunção legal – constante no art. 474 do Código de Processo Civil – de que “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Por esta razão, muitos estudiosos do direito processual – a exemplo de Chiovenda – entendem compreender-se a solução das questões no âmbito da autoridade da coisa julgada.

No entanto, o exame das questões, normalmente, compõe a fundamentação da sentença, tendo em vista a já afirmada precedência lógica em relação à decisão sobre as mesmas contidas no dispositivo. Ora, como os fundamentos da sentença não fazem coisa julgada, não faz coisa julgada as considerações sobre as questões constantes neles (fundamentos).

Na verdade, a análise das questões efetivas e presumidamente apreciadas (fundamentação) se submete à eficácia preclusiva da coisa julgada, que é bem definida por Moreira da seguinte forma:

A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada. Posto que se conseguisse demonstrar que a conclusão seria diversa, caso elas houvessem sido tomadas em consideração, nem por isso o resultado ficaria menos firme; para evitar, pois, dispêndio inútil de atividade processual, simplesmente se exclui que possam ser suscitadas com o escopo de atacar a ‘res iudicata’.

É certo que esta opinião não é compartilhada por todos os estudiosos do assunto, como é o caso de Assis, que aduz:

A razão assiste a quem não separa a eficácia preclusiva do contexto geral da coisa julgada. De nada adianta efetuar a distinção e, no entanto, jamais extravasar o campo da operação da eficácia dos estritos limites objetivos. Por outro lado, se as raízes da ‘autoritas rei iudicatas’ se alargarem, ou não, se afigura um problema a decidir-se em cada ordenamento e na e na exegese do artigo 474 do Código de Processo Civil.<sup>17</sup>

Porém, adotamos o posicionamento de Barbosa Moreira, haja vista que o que deve restar acobertado pela coisa julgada é a decisão do juiz que consta no dispositivo da sentença. Ora, o juiz decide a lide nos limites em

que foi proposta (art. 128, CPC), ou seja, nos termos do pedido, restando excluídas, pois, os fundamentos levantados, e, posteriormente, considerados pelo magistrado na fundamentação da sentença.

Ressalte-se que a preclusão, decorrente da coisa julgada, sobre as questões opera somente para eventuais discussões a respeito da mesma matéria decidida na sentença. Nada impede que sejam levantadas para outra matéria, outro mérito. Este pensamento inclusive vem sendo acatado em nossos tribunais.<sup>18</sup>

Diante disso, verificamos que não podem mais ser levantadas as questões para aquela específica situação decidida na sentença transitada em julgada, por força do efeito preclusivo da coisa julgada, o que não impede, porém, que as mesmas sejam levantadas para outra situação qualquer, em processo que tenha objeto diverso.

### 3 OS LIMITES DA COISA JULGADA

Os limites de abrangência da coisa julgada podem ser vislumbrados mediante uma perspectiva objetiva ou subjetiva.

Quanto aos limites objetivos, foram eles tratados de forma esparsa nas considerações acima referidas, especialmente nos tópicos referentes à relação entre coisa julgada e o conteúdo da sentença, bem como quando se tratou a eficácia preclusiva do instituto *sub oculi*.

Assim, resta alcançada pela autoridade da coisa julgada somente a decisão constante no dispositivo da sentença que examina o mérito do processo.

Já em relação aos limites subjetivos, a questão vem sofrendo influências mais recentes, especialmente das chamadas ações coletivas lato sensu.

Com efeito, era pacífico na doutrina tradicional que a autoridade da coisa julgada abarcaria somente a partes do processo. Contudo, o surgimento de direitos coletivos e difusos – que transcendem esta visão individualista – forçou uma reavaliação deste até então verdadeiro truísmo. A indeterminação dos sujeitos de direitos difusos, e a detenção dos direitos coletivos por todo um grupo deixaram a questão dos limites subjetivos da coisa julgada um pouco mais complexa, desautorizando a fórmula simples de que alcança somente as partes do processo.

A ação popular, a ação civil pública e o Código do Consumidor importam uma verdadeira dissidência com o que até então se concebia sobre o tema. A Lei n. 4.717/65 (ação popular), em seu art. 16, e a Lei n. 7.347/85 (ação civil pública), em seu art. 18, são expressas em se referirem à possibilidade de eficácia *erga omnes* da decisão proferida em cada processo. Aí, estar-se a vincular a extensão da autoridade da coisa julgada à natureza do direito discutido na causa.

Nesta linha de idéias, é forçoso concluir que o alcance – na perspectiva subjetiva – da coisa julgada vincula-se, de forma direta, à natureza do direito posto em juízo. Caso seja individual o direito heterogêneo, alcançara a coisa julgada somente às partes; se individual homogêneo, será *erga omnes* em caso de procedência; se coletivo estrito senso, nas relações de consumo, terá efeito ultra partes; se difuso, a coisa julgada será *erga omnes*.

Sérgio Porto neste ponto resume bem a questão, quando afirma:

No que diz respeito aos limites subjetivos, como já visto, estamos diante de uma nova realidade, superando a velha idéia de que o instituto da coisa julgada se encerra numa única construção teórica, pois, em verdade, está a vigor nova construção, na medida em que há uma vinculação entre a extensão a ser atribuída aos limites subjetivos da coisa julgada e a natureza do direito posto em causa, ou seja: a) em sendo o direito posto à análise de natureza individual heterogêneo, apenas as partes, por regra, serão atingidas pela autoridade da coisa julgada e, por exceção, o cessionário, o sucessor e o substituído processualmente; b) sendo o direito individual homogêneo, a autoridade da coisa julgada, nos casos de procedência da demanda, será '*erga omnes*'; c) sendo coletivo, salvo hipótese por ausência de provas, a autoridade da coisa julgada será '*ultra partes*'; e d) tendo o direito posto em causa natureza difusa também, salvo nos casos de improcedência por ausência de provas, a autoridade da coisa julgada projetar-se-á '*erga omnes*'.

Portanto, é nesta nova realidade que devem ser entendidos os limites subjetivo da coisa julgada.

#### 4 CONCLUSÕES

Diante de tudo o que foi exposto aqui, exurgem as seguintes conclusões:

a) a coisa julgada tem característica eminentemente prática, já que é o “instrumento” que viabiliza a definitividade dos pronunciamentos jurisdicionais finais, havendo razões políticas e jurídicas que a justificam;

b) embora entendida muitas vezes com a própria sentença, a coisa julgada com ela não se confunde. A sentença corresponde ao ato do juiz pelo qual ele apresenta solução à situação litigiosa posta em juízo, ou seja, é o ato pelo qual o magistrado entrega às partes a tutela jurisdicional do Estado. Por coisa julgada devemos entender a imutabilidade que adquire a sentença passada em julgado, ou seja, não mais atacável por recurso;

c) o momento em que se considera que uma sentença adquire foros de definitividade, isto é, passa a ter a autoridade da coisa julgada, é opção

legislativa, mas sempre sem perder de vista este caráter de imutabilidade, visto que nada adiantaria considerar transitada em julgada uma sentença ainda atacável por recurso ordinário;

d) da mesma forma a coisa julgada não se configura como um efeito da sentença. Não é que a sentença, após o trânsito em julgado, produza o efeito de tornar-se imutável, mas na verdade ela sofre o efeito da autoridade da coisa julgada. Seu papel é mais passivo do que ativo nesta situação;

e) a imutabilidade decorrente da coisa julgada não se refere aos efeitos da sentença, dada a possibilidade de as partes os modificarem por meio de negócio jurídico, segundo suas vontades. Na verdade, o caráter de definitividade se liga à própria sentença;

f) embora a eficácia da sentença normalmente comece a operar quando do trânsito em julgado, não se pode necessariamente ligar uma a outra, posto que é possível a sentença ser eficaz ainda que não esteja acobertada pela a coisa julgada;

g) embora a doutrina tradicional conceba a abrangência da coisa julgada somente quanto à declaração contida na sentença, esta não é o melhor entendimento sobre a questão, pois a função da coisa julgada é garantir a segurança jurídica do pronunciamento jurisdicional, seja ele, declaratório, constitutivo, modificativo ou extintivo;

h) a eficácia preclusiva da coisa julgada refere-se à impossibilidade de se aduzir para a mesma situação já decidida em sentença, os fundamentos utilizados pelo juiz como antecedente lógico de sua decisão, nada impedindo que sejam as mesmas questões levantadas em outra situação ainda não apreciada;

i) os limites de abrangência da coisa julgada podem ser vislumbrados mediante uma perspectiva objetiva e subjetiva;

j) na perspectiva objetiva, resta alcançada pela autoridade da coisa julgada somente a decisão constante no dispositivo da sentença que examina o mérito do processo;

l) os limites subjetivos deixam de ter a visão clássica referente somente às partes do processo, variando de amplitude segundo a natureza do direito posto em juízo, se individual heterogêneo, individual homogêneo, coletivo ou difuso.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada. In: *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.

AZAMBUJA, Carmen. *Rumo a uma nova coisa julgada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.

- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. I e II.
- GUILLEN, Victor Fairen. *Doctrina general del derecho procesal: hacia una teoría y ley procesal generales*. Barcelona: Librería Bosch, 1990.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. I.
- MONTEIRO, João Batista. *O conceito de decisão*. Revista de Processo, n.º 23.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. Revista dos Tribunais, n. 415, p. 9-15, jun. 1970.
- \_\_\_\_\_. *Coisa julgada e declaração*. Revista dos Tribunais, n. 429, p. 20-25, jul. 1971.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia preclusiva da coisa julgada*. Revista Forense, n. 238, abr./jun. 1972, página inicial-página final.
- \_\_\_\_\_. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. Revista de Processo, n. 34, abr/jun 1984.
- NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 6.
- ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Tradução Manuel Romero Sanchez y Julio Lopez de la Cerda. México D.F.: Editorial Stylo, 1944.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3.

<sup>1</sup> *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 443.

<sup>2</sup> *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 43.

<sup>3</sup> *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. I, p. 406.

<sup>4</sup> *Doctrina general del derecho procesal: hacia una teoría y ley procesal generales*. Barcelona: Librería Bosch, 1990, p. 525.

<sup>5</sup> *Ainda e sempre a coisa julgada*. Revista dos Tribunais, n. 415, jun. 1970, p. 10-11.

<sup>6</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 12.

<sup>7</sup> LIEBMAN, *op. cit.*, p. 14-15.

<sup>8</sup> *Idem, ibidem.*, p. 16.

<sup>9</sup> COISA JULGADA – CARACTERIZAÇÃO – FUNDAMENTOS CONTIDOS NO TÍTULO JUDICIAL – A teor do artigo 469 do Código de Processo Civil, os motivos e a verdade dos fatos estabelecidos como fundamento da sentença não fazem coisa julgada, o mesmo ocorrendo quanto ao exame de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, exceção aberta se a hipótese tem enquadramento no artigo 470 do referido Diploma. A coisa julgada pressupõe, ainda, a tríplice identidade – de pessoas, de causa de pedir e pedido. Não há falar no fenômeno quando diversas as demandas reveladoras dos títulos em cotejo, quer em relação às partes, quer no tocante às causas de pedir e aos pedidos. (STF – AR 1.343-3 – SC – Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 26.03.1993).

<sup>10</sup> COISA JULGADA – ALCANCE – Os efeitos da coisa julgada alcançam, somente, a pretensão e objetos do processo onde este fenômeno ocorreu. (STJ – REsp 51.159-3 – GO – 1ª Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 06.03.1995).

<sup>11</sup> *La sentencia civil*. Tradução Manuel Romero Sanchez y Julio Lopez de la Cerda. México D.F.: Editorial Stylo, 1944, p. 5.

<sup>12</sup> *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 6., p. 466.

<sup>13</sup> LIEBMAN, *op. cit.*, p. 16.

<sup>14</sup> Coisa julgada e declaração. *Revista dos Tribunais*, n. 429, jul. 1971, p. 22.

<sup>15</sup> CARNELUTTI, *op. cit.*, v. I, p. 39.

<sup>16</sup> A eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista Forense*, n. 238, abr./jun. 1972, p. 56.

<sup>17</sup> ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada. In: *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 20.

<sup>18</sup> COISA JULGADA MATERIAL – ART. 469, I E II DO CPC – Possibilidade de, em ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda, serem novamente apreciados fatos postos como fundamento da sentença em anterior ação de adjudicação do imóvel objeto da lide. Limites objetivos da coisa julgada, que não abrangem os motivos da decisão, nem a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. (STJ – REsp 18.993-0 – 4ª Turma – Rel. Min. Athos Carneiro – DJU 30.11.1992) (RJ 186/92).

COISA JULGADA – OCORRÊNCIA – Sentença de mérito trânsita em julgado. Propositura de nova demanda, nos moldes da anterior, com fundamento no artigo 469, II, do CPC. Inadmissibilidade. Motivação da sentença, que não obstante não ser objeto da coisa julgada, deve ser considerada para que se entenda o verdadeiro alcance da decisão. Recurso não provido. (TJSP – AC. 79.730-1 – 7ª Câmara – Rel. Des. Godofredo Mauro) (RJTJSP 109/38).

<sup>19</sup> PORTO, *op. cit.*, v. 6, p. 466.

## ESSENTIAL THEORETICAL NOTIONS ON SETTLED MATTERS

### ABSTRACT

The present article deals with the most important aspects related to the knowledge on settled matters in Brazilian law, which is an essential point inside civil procedure law and outlines the works of the Judicial Branch.

### KEYWORDS

Settled matters. Judicial decisions. Efficacy. Effects. Content. Limits.

## NOTIONS THÉORIQUES ET FONDAMENTALES SUR LA CHOSE JUGÉE SUBSTANTIELLE

### RÉSUMÉ

Le présent travail aborde les aspects fondamentaux pour la connaissance de l'institut de la chose jugée dans le Droit Brésilien, point fondamental du Droit Processif Civil et délinéateur de la fonction juridictionnelle.

### MOTS-CLÉS

Chose Jugée. Jugement. Efficacité. Effets. Contenu. Limites.

# HIV E BAREBACKING: UMA BREVE LEITURA GARANTISTA

Leonardo Arquimimo de Carvalho\*

Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho\*\*

1 A prática do *barebacking*. 2 A leitura penal do comportamento.  
3 Garantismo e comportamentos autolesivos. 4 Síntese Conclusiva.

## RESUMO

Os autores buscam estabelecer uma breve leitura penal garantista sobre uma prática comportamental autolesiva de natureza sexual, conhecida como *barebacking*.

## PALAVRAS-CHAVE

*Barebacking*. HIV. AIDS. Direito Penal. Garantismo

## 1 A PRÁTICA DO BAREBACKING

O comportamento conhecido por *barebacking*, ou cavalgada sem cela, consiste na prática sodomita sem a utilização de proteção adequada. Ainda, é definida como a possibilidade de descartar, de forma preordenada, o uso de qualquer meio de prevenção da contaminação de doenças sexualmente transmissíveis quando da realização de ato sexual homossexual.<sup>1</sup>

O que poderia ser considerada uma prática pouco usual e politicamente inadequada para o período contemporâneo tem sido erigida à condição de prática comum em alguns clubes destinados ao comportamento de risco, ou determinados grupos interessados em presenciar o ato, ou ainda, em sítios na internet destinados a encontrar adeptos da nova prática.

A lógica perversa do ato decorre da possibilidade aventada pelos praticantes de eventualmente assumirem o risco de serem contaminados ou contaminantes de alguma doença sexualmente transmissível. O comportamento tem sido descrito como uma atividade de risco excitante pelos praticantes; neste caso, muitos aventam o desejo de serem contaminados.<sup>2</sup>

A conduta não difere muito de outras práticas comuns onde o sujeito atenta contra a sua integridade física ou contra a própria vida. O sujeito, neste caso, pratica uma ação em que busca um determinado fim que ocasionalmente pode ser a própria contaminação, uma lesão corporal, auto-flagelo ou ainda outras pulsões de morte.<sup>3</sup>

\* Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Assis Gurgacz (FAG)

\*\* Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Assis Gurgacz (FAG)

O comportamento, refratário a décadas de política públicas, organizacionais, privadas, civis, e particulares de combate a doenças sexualmente transmissíveis, representa a busca de um prazer causado pelo risco inerente ao ato. A compreensão psicanalítica do ato supera as leituras particularizadas ou próprias da identificação comportamental de um dado sujeito.

Assim, como a prática tem sido descrita com relativa frequência, a conduta mereceria uma interpretação sobre as patologias sociais ou ainda sobre seus resultados. Neste caso, especula-se sobre uma resposta drástica aos controles sobre o corpo e sobre a liberdade dos sujeitos impostos pela modernidade.<sup>4</sup>

A ação, aparentemente, ganha contornos mais dramáticos quando os praticantes do *barebacking* buscam soropositivos com o objetivo de contraírem o vírus HIV. A transmissão do vírus neste caso recebe o nome de *gift* e os praticantes aparentemente demonstram um relativo desejo de serem contaminados ou de adquirirem a condição de contaminados.

Nestes casos os sujeitos não necessariamente buscam contrair a virose, mas as conseqüências psíquicas, físicas, sociais ou relacionais que a mesma tem a possibilidade de desencadear. A reprovação ou a contestação social são algumas das sensações indicadas como responsáveis pela conduta considerada lesiva e inadequada.<sup>5</sup>

Alguns relatos apontam para a prática em casas especializadas ou ainda em festas destinadas à sodomia homossexual, em que os envolvidos são o centro da celebração e/ou os convidados especiais. O espetáculo extremo transcende a possibilidade de uma interpretação preconceituosa ou crítica, mas, causa espécie.

As sucintas descrições especulativas sobre o comportamento, a inexistência de uma literatura muito ampla discutindo a contextualização dos fatos narrados e o desconhecimento da realidade comportamental do grupo envolvido nesta breve narrativa são alguns dos limitadores para o descortino adequado da temática proposta. Contudo, a polêmica do tema certamente possibilitará uma investigação mais criteriosa noutro momento.

## 2 A LEITURA PENAL DO COMPORTAMENTO

Independentemente de uma interpretação sociológica, psicanalítica, ou psicológica do comportamento, a reprovação social do mesmo pode ser considerada. O ato é aparentemente lesivo, já que potencialmente capaz de atentar contra a integridade física, contra a saúde e até mesmo contra a vida dos sujeitos eventualmente envolvidos.

Certamente que a reprovação do grupo nem sempre é o limite da capacidade e da possibilidade do Estado de buscar estabelecer uma satisfação social. O desejo punitivo é ainda mais reduzido em função da impossibilita-

de de estabelecer uma reprovação penal para cada ato considerado inadequado pelo julgamento moral subjetivo ou coletivo da sociedade.

Numa digressão rápida não se pode olvidar que os múltiplos espaços político-legislativo-judiciais de constituição do sistema penal são decorrentes do almejo de determinados grupos pelo controle de outros. Neste caso, o modelo segue respondendo de maneira eficiente e enérgica aos delitos ofensivos a determinados bens tutelados em função dos interesses dos grupos de controle.

Não são poucas as teses direcionadas ao Direito Penal que vislumbram os limites do Estado na sua atividade punitiva. Descriminalizantes, abolicionistas, reducionistas ou garantistas têm buscado, seja por motivos políticos, técnicos, filosóficos ou humanos, estabelecer uma interpretação crítica sobre a organização penal do Estado e sua abrangência persecutória.

Com alguma frequência determinados comportamentos, referidos como delitos pelo ordenamento jurídico, são considerados como insignificantes ou desimportantes para a organização social. Outros produzem um conflito de interesses entre coletividade e individualidade, ou ainda resultam numa colisão de princípios fundamentais.

Quando princípios de mesma hierarquia são conflitados os diferentes bens tutelados pelo ordenamento acabam demonstrando a impossibilidade do exercício de determinadas prerrogativas. Contudo, o cerne da discussão sobre a penalização dos comportamentos é ligado à interpretação sobre os limites do interesse do Estado na punição de algumas ações de risco.

A pergunta neste caso, relacionada à prática do *barebacking*, com o objetivo de contrair ou transmitir o vírus HIV, é se a mesma pode ou não ser considerada uma ação integrada ao conjunto de liberdades individuais. O objetivo de contrair ou transmitir uma doença sexualmente transmissível, por intermédio de ato sexual, atenta ou não contra os bens tutelados pelo ordenamento jurídico? A liberdade de disposição sobre o corpo apresenta um limite extremo nesta hipótese?

O ordenamento jurídico penal brasileiro acolhe a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade como componentes de uma conduta delitativa. Logo, todo fato típico, antijurídico e culpável recebe, na concepção clássica do Direito Penal, a censura do Estado através da persecução penal prevista no ordenamento jurídico.

Neste caso, duas práticas são descritas como recorrentes e consideradas entre os praticantes do *barebacking* ações extremadas: i) *bug chasing* – desejo de ser infectado pelo vírus HIV por intermédio de prática sodomita homossexual; ii) *gift giving* – desejo de infectar alguém com o vírus HIV por intermédio de prática sodomita homossexual.

Objetivamente, as condutas descritas não se apresentam como uma conduta tipificada no ordenamento jurídico; contudo, uma leitura amplia-

da, dentro da permissividade estrita do Direito Penal, permite a identificação de determinadas guaridas suficientes à punição dos envolvidos. Como consequência, são apontados os delitos tipificados nos artigos 121, 129 § 1º, II, 129 § 2º II, 130, 131 e 132 do Código Penal.

Atualmente, a vinculação entre a contaminação com o vírus HIV e morte não são mais tão diretas. Neste caso, a leitura de alguns penalistas, que buscavam identificação entre o comportamento preordenado ou assunção de um dolo eventual de morte, já não pode mais ser aceita. A virose, apesar de danosa e não ter ainda cura, não oferece um risco que possa, num sentido penal, ser subsumida.<sup>6</sup> Na hipótese de outras doenças sexualmente transmissíveis, a eventual tentativa de vincular a prática a conduta delitiva do art. 121 é dificilmente configurada.<sup>7</sup>

O art. 121 estabelece uma tutela específica ao bem jurídico vida.<sup>8</sup> Neste caso, pelas razões descritas, a tipificação do comportamento como suficiente à produção de um atentado contra o bem jurídico primeiro é potencialmente importante, não configurado, contudo, em função da especialidade de outros comportamentos.<sup>9</sup> A eventual consideração sobre o homicídio na sua forma tentada seria considerada igualmente descabida, porque de forma clara não há visualização da eficácia do meio utilizado.<sup>10</sup>

No crime de lesão corporal o bem tutelado é a integridade corporal e a saúde da pessoa humana. Em relação à conduta descrita a possibilidade de subsunção é bem mais óbvia. Aquele que por intermédio de prática sodomita busca ofender a integridade física ou a sanidade, incorre, segundo a leitura estrita do Código Penal, na prática de lesão corporal.

A lesão corporal é qualificada quando do ato resulta perigo de vida ou qualificada doutrinariamente de forma gravíssima, quando do ato de lesão resulta enfermidade incurável. Em ambos os casos a potencialidade lesiva da contaminação com o vírus HIV permite a majorante legal.

A integridade corporal e a saúde são consideradas bens indisponíveis. Contudo, a instrumentalidade ou possibilidade de persecução por intermédio da manifestação do desejo do agente vitimado amainou a possibilidade de punir os sujeitos envolvidos. Objetivamente, a majorante punitiva decorre da gravidade do comportamento descrito e, nestes casos, o desejo punitivo da vítima não seria relevante.

Já o delito de perigo de contágio venéreo não é uma conduta que permite a tipificação correta. A hipótese descrita no art 130 do Código Penal relaciona-se exclusivamente à contaminação de doença venérea, e esta, conforme descrição médica, não é uma categoria dentro da qual a AIDS se encontre. Mesmo que também transmitida por intermédio de prática sexual não atinge diretamente os genitais ou os órgãos sexuais.

Atualmente a denominação “doença venérea” deixou de ser aplicada. A expressão “doenças sexualmente transmissíveis” responde de forma mais

adequada ao período atual. Contudo, o Código foi construído noutra época: e, neste caso, uma interpretação extensiva e analógica com o objetivo de ampliar a tipificação penal é inaceitável no Direito Penal brasileiro, em função do princípio da legalidade.

O art. 131 do Código Penal estabelece de uma forma mais abrangente a possibilidade de tipificação de um eventual comportamento como o descrito. O artigo apresenta a idéia da prática de um ato capaz de produzir contágio de moléstia grave. O ato não se resume ao de natureza sexual; logo, o artigo permite outras modalidades de transmissão de doença acrescida certamente das relações sexuais e dos atos libidinosos. Neste tipo penal o desejo de transmitir moléstia grave deve estar presente. O dolo direto de produzir dano é acrescido à finalidade de transmitir a moléstia grave.

Ainda, o Código Penal descreve o comportamento do art. 132, que é o conhecido crime de perigo. Este artigo permite a subsunção de uma ampla variedade de delitos, inclusive o comportamento do *barebacking*. Quando a configuração de um outro delito se demonstra mais clara, em função da especialidade do comportamento, o crime de perigo não se configura. Como o tipo estabelece uma forma livre de realização da finalidade tipificada, muitos comportamentos podem ser punidos com base na descrição normativa.

Objetivamente, a análise destacada refere-se ao comportamento do agente causador, ou seja, aquele que é o sujeito ativo do comportamento anteriormente descrito. O que consente e busca a contaminação por intermédio do ato sexual não poder ser punido. Da mesma forma que o Código Penal não estabelece punição para o suicídio, para auto-flagelação e auto-lesão na maioria dos casos.

### 3 GARANTISMO E COMPORTAMENTOS AUTO-LESIVOS

A construção de uma nova roupagem para o sistema penal vigente demonstra-se necessária. Falido, corrupto, ineficiente e decadente, o sistema penal vigente exige uma transformação. As teorias construídas a fim de convencer a ordem constituída de que o sistema penal de hoje carece de legitimidade constitucional, seja no nosso ordenamento jurídico, seja no ordenamento jurídico dos demais países, possuem como finalidade máxima o estancamento da pulsão apenadora.

Estas teorias fundamentam-se nos mais variados pressupostos e buscam solucionar o problema da ineficiência do sistema penal contemporâneo. Conforme Ferrajoli, as doutrinas criminológicas se dividem em três grandes grupos, quais sejam: i) as abolicionistas; ii) as substitutivas e iii) as reformadoras. As teorias criminológicas abolicionistas consideram o direito penal ilegítimo e não vislumbram nenhum objetivo na pena imposta ao delinqüente, pregando uma abolição das sanções jurídicas existentes e sua substituição por meios pedagógicos e sociais de controle. Já as doutrinas

substitutivas possuem conotação libertadora e humanitária, mas propõem um correicionalismo positivista a ser realizado sempre pelo Estado e nunca pela sociedade, efetivando-se assim de forma pouco democrática. Por fim, as doutrinas reformadoras propõem uma redução da esfera de intervenção penal e a substituição da restrição de liberdade penal por sanções menos aflitivas.<sup>11</sup>

Estas doutrinas, modernamente criadas ou re-criadas, que buscam apresentar o Direito Penal com base numa leitura mais humana, partem de premissas relevantes. Com base nesta alegação, é possível verificar que determinadas teses ampliam a leitura revisional partindo de uma leitura político-social e não simplesmente instrumental. Assim, aparentemente, a abordagem doutrinária fundada no pensamento garantista apresenta uma base teórica suficiente à compreensão desta nova modalidade de conduta surgida na comunidade homossexual.

As normas constitucionais, na observação garantista, são com muita frequência consideradas de pouca aplicabilidade. Contudo, Ferrajoli propõe a adoção de algumas medidas com a pretensão de dar a elas efetividade. Uma das propostas vincula-se à Teoria Geral do Direito e almeja o estabelecimento de uma separação radical entre validade, vigência e eficácia, residindo na possibilidade de produzir efeitos no mundo dos fatos seu principal interesse. Ainda, sugere uma busca pela identificação dos pressupostos, políticos e ideológicos, que condicionam os conceitos instrumentais utilizados no espaço constitucional.

A identificação e interpretação dos pressupostos que motivam o pensamento constitucional permitem uma aproximação mais pragmática dos instrumentos de interpretação, valoração e aplicação da norma constitucional. A inversão busca compreender as dificuldades de dar aplicabilidade – logo, eficácia – aos preceitos constitucionais de natureza social, não por intermédio da escrita leitura dos preceitos, mas das razões fundantes da criação do conjunto normativo superior.

No que tange à efetividade, uma norma ou um ditame legal somente pode ser considerado legítimo se observador dos dogmas máximos do conjunto normativo constitucional. Este raciocínio endossa uma leitura completa do sistema jurídico, que permite, inclusive, uma leitura adequada ao Direito Penal. Assim uma norma restritiva da realização de atos que ofendem determinados bens jurídicos somente alcança a respeitabilidade social se seus princípios basilares são explícitos e se são considerados respeitadores do desejo coletivo constitucionalmente assegurado.

A atuação persecutória do Estado é assim limitada, primeiramente, pelo princípio da legalidade, apregoado pela doutrina juspositivista como base de todo o sistema penal. Porém, a adoção deste princípio, como limitador da atividade persecutória do Estado, mostra-se ineficiente. Na maioria dos

contextos sociais a estrita observação da norma penalmente positivada é inapta à limitação do ímpeto vingativo-penal do conjunto social que gere o Estado. Neste contexto, outros mecanismos teóricos de redução da atuação persecutória do Estado estão sendo teoricamente discutidos.

Outros conceitos, tais como validade e efetividade das normas, são também utilizados para formar um manancial teórico que justifique uma restrição da atividade penalizadora do Estado, pois não podemos nos aproximar de situações que devem ser e nos afastar de situações que são. A legalidade estrita não pode mais ser utilizada como única forma de restrição da atividade persecutória do Estado.

Portanto, o garantismo seria uma postura política e também jurídica que questiona, sobretudo, a invalidade e a inefetividade das normas existentes em um Estado de Direito. Este posicionamento busca uma reformulação de entendimento a respeito do trabalho de juízes e juristas, que é pautado sobre dois grandes dogmas: i) necessidade de fidelidade do juiz à norma e ii) a limitação da atuação do juiz em apenas descrever e valorar o direito positivo vigente.<sup>12</sup>

Ferrajoli salienta que desde Bentham até Kelsen está sedimentado o dogma de que o juiz somente tem a obrigação de aplicar a norma posta em um determinado ordenamento jurídico. Este posicionamento pode ser facilmente questionado nos Estados de Direito que possuem uma Constituição rígida, já que através dos princípios da compatibilidade vertical no ordenamento jurídico, toda norma inferior que contraria a Constituição é considerada norma inválida e não pode ser aplicada por um juiz.

O outro dogma citado por Ferrajoli trata da impossibilidade tanto do juiz quanto do jurista de questionar valorativamente as normas que permeiam o ordenamento jurídico. Este impedimento teria origem na já sedimentada separação entre Direito e Moral, mas entende o autor que somente será possível a efetivação de um Estado de Direito no momento em que tanto juízes quanto juristas tiverem liberdade de, internamente, criticar e valorar normas que compõem o ordenamento jurídico e, em assim sendo necessário, deixar de aplicá-las.

Neste ponto, merece destaque a discussão que se realiza sobre a possibilidade ou não de valoração da necessidade de atuação estatal em determinadas situações fáticas, mesmo quando o bem jurídico que está sendo supostamente ofendido possui expressa guarida e proteção do ordenamento jurídico.

O bem jurídico, tradicionalmente, é a base da estrutura e da interpretação dos tipos penais. Todo o sistema penal possui como base angular os tipos selecionados pelo sistema como merecedores da tutela do Estado. Mas os bens jurídicos que recebem a guarida do Estado para se tornarem protegidos pelo ordenamento jurídico penal não podem, simplesmente, representar a vontade dos legisladores que criam estas mesmas normas. Esta escolha de

bens jurídicos tutelados deve possuir um sentido social próprio, como salienta Bittencourt.<sup>13</sup>

Este é o cerne da discussão: tanto o bem jurídico vida quanto o bem jurídico integridade física possuem guarda e são expressamente protegidos por nosso ordenamento jurídico. Existiria, pois, a possibilidade de tipificação penal da conduta do *barebacking* com a intenção de transmissão do HIV das formas mencionadas no tópico anterior.

A conduta seria teoricamente antijurídica. Mas há que se realizar uma abordagem sobre as chamadas causas de justificação da antijuridicidade. As causas de justificação são aquelas que possuem o condão de excluir o caráter antijurídico de uma conduta. Em um sistema que possui como inspiração o princípio da legalidade, estas causas de justificação encontram-se expressamente previstas na legislação.

Entretanto, é cediço em doutrina a possibilidade de aceitação de causas supralegais de exclusão de antijuridicidade e a principal delas seria o consentimento do ofendido. Para que o consentimento do ofendido tenha a força de excluir a antijuridicidade da conduta, este deve ser manifestado por ofendido capaz, de forma livre e sobre bem jurídico disponível.

Neste ponto é que a doutrina garantista possui total aplicação: existe a possibilidade de se valorar os bens jurídicos tutelados em cada caso concreto e, em assim entendendo o juiz ao prestar a tutela jurisdicional, justificar a conduta do agente e excluir a antijuridicidade da mesma.

Nesta situação em especial, onde os envolvidos conscientemente se colocam em uma situação em que assumem todos os resultados da conduta e, principalmente, pretendem atingir aquele fim de contaminação a qualquer custo, há que se questionar a possibilidade de uma valoração axiológica do fato, independentemente da possível tipificação penal, admitindo-se assim, o consentimento do ofendido como forma de exclusão da antijuridicidade da conduta, através de uma interpretação axiológica do bem jurídico tutelado, entendendo-o, neste caso, como disponível.

Através de uma interpretação garantista, poderíamos afirmar a necessidade de reelaboração da rígida hierarquia dos bens considerados merecedores de tutela pelo Estado e de sua classificação como disponíveis ou não disponíveis.

A engessada conceituação de determinados bens jurídicos como indisponíveis só fortalece a possibilidade de persecução penal do Estado, o que contraria toda a intenção dos modernos sistemas de Direito. O Direito Penal, como sempre se afirmou, é a última *ratio* do sistema, devendo intervir somente quando houver uma imperativa necessidade.

A transmissão do vírus HIV é, sim, lesiva a bens jurídicos tutelados, de acordo com nosso ordenamento jurídico, se realizarmos uma mera

subsunção do fato à norma. Mas esta interpretação deixa de ser constitucionalmente aceita, quando ela simplesmente é dissociada da realidade. Havendo plena consciência dos envolvidos sobre o ato que está sendo praticado, há de se aplicar a justificante do consentimento do ofendido que exclui a antijuridicidade da conduta.

#### 4 SÍNTESE CONCLUSIVA

O *barebacking* consiste numa conduta onde os envolvidos atentam contra a integridade física ou a vida, suas ou de outrem. A gravidade da ação ganha contornos mais dramáticos quando os praticantes buscam soropositivos com o objetivo que contraírem o vírus HIV e as conseqüências psíquicas, físicas, sociais ou relacionais que a mesma tem a possibilidade de desencadear.

O questionamento decorrente de um comportamento tão extremado é se o mesmo pode ou não ser considerado uma ação integrada ao conjunto de liberdades individuais. O objetivo de contrair ou transmitir uma doença sexualmente transmissível, por intermédio de ato sexual, atenta contra os bens tutelados pelo ordenamento jurídico? A liberdade de disposição sobre o corpo apresenta um limite extremo nesta hipótese? Existe a possibilidade de mitigação do conceito de bens jurídicos indisponíveis a fim de se justificar a conduta, excluindo assim sua antijuridicidade?

A resposta mais racional é que sim. A persecução penal do Estado não pode se fundar em critérios morais ou hipócritas. A possibilidade de disposição dos bens jurídicos em questão deve ser admitida através da interpretação valorativa da conduta acima descrita. A transmissão do HIV entre pessoas maiores, capazes e conscientes, que buscam esta finalidade como forma de inserção social não pode ser questionada pelo Estado e o consentimento do ofendido neste caso deve ser admitido como forma de exclusão da antijuridicidade da conduta.

Esta afirmação, feita de forma inicial, objetiva estabelecer uma discussão primária e polêmica sobre o problema. Contudo, o limite destas afirmações enfrenta um universo dissimulado, estatizante e anti-liberal. O Estado, objetivamente, não tem suas funções realizadas porque efetivamente não passa de uma ficção jurídica que serve para controlar determinados grupos sociais. Contemporaneamente, é reconhecido pela sua falta de habilidade para lidar com a delinquência ou os comportamentos considerados lesivos.

Toda e qualquer ação do Estado é ilegítima se desligada do interesse de cada membro que a compõe. Como tal condição é particularmente irrealizável é também fictícia qualquer tese persecutória ou apenadora que não atente para o que naturalmente pertença ao sujeito liberto. Todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico, dizia Montesquieu.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.
- COTRAN, Ramzi *et. alli*. *Patologia estrutural e funcional*. Trad. Jane Bardawil Barbosa *et. ali*. 6 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer *et ali*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SHERNOFF, Michael. The sociology of barebacking. *The Gay & Lesbian Review Worldwide*. Boston: Feb 28, 2005. Vol. XII, Iss. 1; p. 33-37.
- SUAREZ, Troy; MILLER, Jeffrey. Negotiating risks in context: a perspective on unprotected anal intercourse and barebacking among men who have sex with men. Where do we go from here? *Archives of Sexual Behavior*. New York: Jun 2001. Vol. 30, Iss. 3; p. 287-301.
- SUPREME Court of the United States. John Geddes Lawrence and Tyron Garner v. State of Texas – On Writ of Certiorari to the Court of Appeals of Texas Fourteenth District – Brief of Amicus Curiae Concerned Women for America, in Support of the State of Texas, Respondent. Page 1. N O . 02-102 I N T H E Supreme 7000 Counsel for Amicus Curiae Page 2. Page 3. T A B L E O F C . Disponível em: [http://supreme.lp.findlaw.com/supreme\\_court/briefs/02-102/02102.mer.ami.cwa.pdf](http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/briefs/02-102/02102.mer.ami.cwa.pdf)
- TOMSO, Gregory. Bug chasing, barebacking, and the risks of care. *Literature and Medicine*. Baltimore: The Johns Hopkins Univesity Press, Spring 2004. Vol. 23, Iss. 1; p. 88-111.

---

<sup>1</sup> “Unprotected anal intercourse is variously referred to as “barebacking,” “raw sex,” “natural sex,” or “uninhibited sex.” The first time that the term “barebacking” appeared in print was in a 1997 POZ magazine article entitled “My Turn: Riding Bareback,” in which the late AIDS activist and writer Stephen Gendin described the thrill of not using a condom during anal sex with other HIV-positive men”. (SHERNOFF, Michael, The sociology of barebacking, p. 33).

<sup>2</sup> Tomso estabelece as seguintes definições: “(...) barebacking (n.): intentional unprotected anal sex; bug chasing (n.): intentional unprotected anal sex performed in order to become infected with HIV; gift giving (n.) intentional unprotected anal sex perfomed in order to infect another person with HIV”. (Bug chasing, barebacking, and the risks of care, 2004, p. 88).

<sup>3</sup> “British psychologist Michelle Crossley suggests that condomless sex may be for some gay men a current manifestation of their need to hold on to a transgressive aspect of their ‘outlaw sexuality’. She sees this as a consistent feature of the gay male psyche since the early days of gay liberation. Today, the focus has shifted to gay marriage, service in the military, and parenthood. For men who once relished their self-image as sexual outlaws, barebacking is one way to do something that’s considered transgressive. (SHERNOFF, Michael. The sociology of barebacking. *The Gay & Lesbian Review Worldwide*. Boston: Feb 28, 2005. Vol. XII, Iss. 1, p. 34).

<sup>4</sup> “Gay activists, too, are interested in these relatively new sexual behaviors. Some see them as proof of a proclivity toward self-destructive, sexual excess inherent to gay life while others regard barebacking and bug chasing as powerful acts of political resistance to conventional sexual morality and scientific orthodoxy. (TOMSO, 2004, p. 88).

<sup>5</sup> “The final group consists of young men who have sex with men (YMSM) who engage in UAI. Their lack of experience with the devastation of AIDS and their pessimistic view of the future may lead to risky behavior. Although YMSM do not have enough history with AIDS to be ‘burnt out’ *per se*, these individuals may still adopt riskier sexual practices out of lack of respect for this potentially fatal disease. Seal and colleagues (2000) reported that YMSM feel pessimistic about aging as gay men and may view HIV as a way of escaping a dreaded future. Scarce (1999) reported that some YMSM with whom he talked actually set out to become infected, and some went so far as to select a “father” for their virus so that they could control how and when they got infected rather than leaving it to chance. Given the homophobic pressures that YMSM must manage when coming out, it is not surprising that these young men feel less than optimistic about their future. It appears that short of therapeutic intervention, only societal interventions aimed at reducing homophobia and promoting healthy and dynamic gay role models will help reduce fatalistic thinking in this group”. (SUAREZ, Troy; MILLER, Jeffrey. Negotiating risks in context: A perspective on unprotected anal intercourse and barebacking among men who have sex with men. Where do we go from here? *Archives of Sexual Behavior*. New York: Jun 2001.Vol.30, Iss. 3; p. p. 287-290).

<sup>6</sup> ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR. REPRESENTAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MP. AIDS. FIXAÇÃO DA PENA EM GRAU SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRELIMINAR DE NULIDADE O PROCESSO POR ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO INCONSISTENTE. PROVA IDÔNEA E SUFICIENTE PARA SUSTENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. DOSIMETRIA DA PENA ADEQUADA E SUFICIENTE PARA PREVENIR E REPRIMIR O CRIME. RECURSO DESPROVIDO. 1. Manifestando de maneira inequívoca o representante legal da vítima menor o seu propósito de processar o ofensor, é o quanto basta para a ação penal, já tendo a jurisprudência se fixado no sentido da representação se aperfeiçoar com a expressa manifestação de vontade. 2. Agente apontado pela vítima como autor de copula anal, cujo auto de exame de violência sexual é positivo e não nega ter estado com a vítima no local onde fora apontado como o da prática do crime, tem contra si prova indubitosa da autoria. 3. Mostra-se bem adequada a pena-base fixada acima do mínimo para agente portador do vírus HIV, que sem qualquer preservativo, violenta menor com 10 anos de idade mantendo com a mesma coito anal em que há sangramento do anus com sério risco de transmitir-lhe a terrível doença. (LCR) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação criminal n. 1999.050.03399. 1ª Câmara Criminal. Rel. Des. José Carlos Watzl. Julg. em 16.5.2000).

<sup>7</sup> Tem posicionamento contrário Fernando Capez: “Quanto à AIDS, a transmissão dessa doença não configura o delito do art. 130 do CP, pois, além de não ser considerada doença venérea pela medicina, não é transmissível somente por meio de relações sexuais, mas também, por exemplo, por transfusão de sangue, emprego de seringas usadas. Do mesmo modo, a transmissão desse vírus também não configura o delito do art. 130, mas homicídio tentado ou consumado. Assim: a) se o agente como o fim de transmitir a doença e acaba por efetivamente transmiti-la, o enquadramento da conduta dar-se-á no homicídio doloso tentado consumado (art. 121, caput); b) se o agente, estado contaminado, transmite o vírus culposamente, responderá pelo delito de lesão corporal culposa (art. 129 § 6º) ou homicídio culposo (art. 121, § 3º) e não pelo crime do art. 131, o qual restará absorvido.” (*Curso de direito penal*, v. 2, p. 165).

<sup>8</sup> HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – PORTADOR VÍRUS DA AIDS – DESCLASSIFICAÇÃO – ARTIGO 131 DO CÓDIGO PENAL – 1. Em havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio. 2. Ordem negada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 9378/RS. 6ª Turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Publ. DJU I 23.10.2000, p. 186).

<sup>9</sup> “Até o fim de 1997, mais de 600.000 casos de AIDS foram notificados nos EUA. Destes certa de 60% morreram e, a despeito de avanços marcantes no tratamento medicamentoso, a taxa de mortalidade real provavelmente se aproxima de 100%. Nos EUA, a AIDS é a principal causa de morte de homens entre 25 e 44 anos de idade, e a terceira maior causa de morte em mulheres na mesma faixa etária”. (COTRAN, Ramzi *et. alii*. *Patologia estrutural e funcional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 2000. p. 211).

<sup>10</sup> HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PORTADOR VÍRUS DA AIDS. DESCLASSIFICAÇÃO. ARTIGO 131 DO CÓDIGO PENAL. 1. Em havendo dolo de matar, a relação

sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio. 2. Ordem denegada. Decisão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram, com o Relator, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 9378/RS. 6ª Turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Publ. DJU I 23.10.2000, p. 186).

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 200.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 697-700.

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

## HIV AND BAREBACKING: A BRIEF WARRANTY READING

### ABSTRACT

The authors try to realize a brief penal law reading focusing a sexual behavior known as *barebacking*.

### KEYWORDS

Barebacking. HIV. AIDS. Penal Law. Reinforcement.

## VIH ET BAREBACKING: BREF ANALYSE DES GARANTIES

### RÉSUMÉ

Les auteurs cherchent établir des brèves lectures criminelles des garanties sur une pratique comportementale auto-lesive de nature sexuelle, connue comme *barebacking*.

### MOTS-CLÉS

*Barebacking*. VIH. AIDS. Droit pénal. Garanties.

# FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA SEGUNDO AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO

*Luiz Guilherme Marinoni\**

1 A distribuição do ônus da prova e a formação da convicção. 2 Críticas às teses de que i) o juiz deve julgar sempre com base na verossimilhança que preponderar e de que ii) a falta de prova capaz de gerar convicção plena ou de verdade implica em uma sentença que não produz coisa julgada material. 3 O julgamento fundado em verossimilhança, a inversão do ônus da prova na audiência preliminar e a inversão do ônus da prova na sentença. 4 O tratamento diferenciado do ônus da prova diante das várias necessidades do direito material. 5 A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. 6 Convicção, decisão e motivação.

## RESUMO

A distribuição do ônus da prova e a formação da convicção. Críticas às teses de que o juiz deve julgar sempre com base na verossimilhança que preponderar e de que a falta de prova capaz de gerar convicção plena ou de verdade implica em uma sentença que não produz coisa julgada material. O julgamento fundado em verossimilhança, a inversão do ônus da prova na audiência preliminar e a inversão do ônus da prova na sentença. O tratamento diferenciado do ônus da prova diante das várias necessidades do direito material. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Convicção, decisão e motivação.

## PALAVRAS-CHAVE

Ônus da prova. Convicção. Verossimilhança. Inversão. Código de Defesa do Consumidor. Coisa julgada.

## 1 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO

De acordo com o artigo 333 do Código de Processo Civil (CPC), o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo e ao réu em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Essa regra, ao distribuir o ônus da prova, funda-se na lógica de que o autor deve

\* Professor Titular de Direito Processual Civil na UFPR. Advogado em Curitiba-PR e em Brasília-DF.

provar os fatos que constituem o direito que afirma, mas não a *não-existência* daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção.

Não há racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento. Isso deve ser feito por aquele que pretende que o direito não seja declarado, isto é, pelo réu.

Na Alemanha, onde não há norma similar à do art. 333, a idéia de distribuição do ônus da prova segue a mesma lógica. Argumenta-se que a parte que pretende ser beneficiada pelos efeitos de uma norma deve provar os pressupostos fáticos para a sua aplicação. Se, para a aplicação de uma norma, são relevantes os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, aquele que deseja a produção dos seus efeitos deve provar somente os fatos que são exigidos para a sua aplicação, e não os que impedem a sua aplicação, ou modificam ou extinguem o direito. *Na ausência de regra expressa sobre a divisão do ônus da prova*, a doutrina alemã, desenvolvendo a idéia de que a discussão em torno da aplicação de uma norma pode girar em torno dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, chegou à conclusão lógica de que o autor deve somente provar os fatos pressupostos para a aplicação da norma, e o réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Por isso, a teoria que expressou tal problemática ficou conhecida como *Normentheorie*.<sup>1</sup>

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.

Quando a doutrina considera a regra do ônus da prova em relação ao juiz, supõe que a sua única função é a de viabilizar a decisão em caso de dúvida. Nessa linha, por exemplo, Patti afirma que tal regra confere ao juiz a oportunidade de acolher ou rejeitar a demanda quando, não obstante a atividade probatória das partes – ou mesmo na sua ausência –, ele esteja em dúvida em relação à “verdade” dos fatos.<sup>2</sup>

Acontece que a idéia de que a regra do ônus da prova - quando dirigida ao juiz - importa apenas quando há dúvida, decorre da falta de constatação de que o juiz somente pode decidir após ter passado pela fase de convicção. Na fase de convicção, e, portanto antes de decidir, o juiz deve considerar não só a natureza dos fatos em discussão e a quem incumbe a sua prova, mas também a natureza da situação concreta a ele levada para julgamento. Existem situações de direito substancial que exigem que o convencimento judi-

cial possa se formar a partir da verossimilhança do direito sustentado pelo autor. Assim, por exemplo, nos casos das chamadas lesões pré-natais, quando não há racionalidade em exigir, para a procedência do pedido ressarcitório, uma convicção plena (ou de verdade) de que a doença do recém nascido deriva do acidente que a sua mãe sofreu quando em gestação.

Em um caso como esse, a ausência de convicção plena ou de verdade não leva o juiz a um *estado de dúvida*, que teria que ser dissipada através da aplicação da regra do ônus da prova como “regra de decisão”, julgando-se improcedente o pedido pelo motivo de o autor não ter se desincumbido do ônus probatório. E isso por uma razão bastante simples: é que o juiz, nesses casos, não finaliza a fase de convencimento em estado de dúvida. Ora, estar *convicto* de que *basta* a verossimilhança não é o mesmo do que estar em dúvida.

Quando se fala que a regra do art. 333 importa para a *formação do convencimento*, deseja-se dizer que ela pode ser *atenuada ou invertida diante de determinadas situações de direito substancial*. Perceba-se que, ao se admitir que a regra do ônus da prova tem a ver com a formação do convencimento judicial, fica fácil explicar porque o juiz, ao considerar o direito material em litígio, pode *atenuar* ou *inverter* o ônus probatório na *sentença* ou mesmo *invertê-lo na audiência preliminar*.

Se o juiz, para decidir, deve passar por um contexto de descoberta, é necessário que ele saiba não apenas o objeto que deve descobrir, mas também se esse objeto pode *ser totalmente descoberto e qual das partes está em reais condições de esclarecê-lo*. Apenas nesse sentido é que o convencimento, considerado como expressão do juiz, pode ser compreendido. Ou melhor, o convencimento judicial somente pode ser pensado *a partir do módulo de convencimento próprio a uma específica situação de direito material*, pois o juiz somente pode se dizer convencido quando sabe até onde o objeto do seu conhecimento pode ser esclarecido, assim como qual das partes pode elucidá-lo.

A exigência de convencimento varia conforme a situação de direito material e, por isso, não se pode exigir um convencimento judicial *unitário* para todas as situações concretas. Como o convencimento varia de acordo com o direito material, a regra do ônus da prova também não pode ser vista sempre do mesmo modo, sem considerar a dificuldade de convicção própria ao caso concreto.

Quando a regra do ônus da prova passa a considerar a convicção diante do caso concreto, ela passa a ser responsável pela formação da convicção, que pode ser de certeza ou de verossimilhança. Ou melhor, *pode ser de verossimilhança sem ser de dúvida*. Como o convencimento antecede a decisão, não há como aceitar a idéia de que a regra do ônus da prova somente tem importância para permitir a decisão em caso de dúvida, e não para a

formação do convencimento. Ora, o juiz que decide com base em verossimilhança *não está em dúvida*; ao contrário, ele está *convencido* de que a verossimilhança *basta* diante das circunstâncias do caso concreto.

## 2 CRÍTICAS ÀS TESES DE QUE I) O JUIZ DEVE JULGAR SEMPRE COM BASE NA VEROSSIMILHANÇA QUE PREPONDERAR E DE QUE II) A FALTA DE PROVA CAPAZ DE GERAR CONVICÇÃO PLENA OU DE VERDADE IMPLICA EM UMA SENTENÇA QUE NÃO PRODUZ COISA JULGADA MATERIAL

Algumas doutrinas abandonaram a regra do ônus da prova como critério dirigente da decisão judicial em caso de dúvida. Isso porque, para elas, o julgamento pode fugir da regra do ônus da prova quando existir um grau *mínimo* de preponderância da prova.

Tais doutrinas aludem a verossimilhança preponderante – a *Överviktsprincip* na Suécia e a *Überwiegensprinzip* na Alemanha – para indicar que a convicção pode ser de verossimilhança preponderante<sup>3</sup>. A lógica dessa tese se funda na idéia de que a verossimilhança, ainda que mínima, permite um julgamento mais racional e mais justo do que aquele que se baseia na regra do ônus da prova.

A admissão de que o juiz está convencido quando a verossimilhança pende para um dos lados praticamente elimina a impossibilidade de convicção e, dessa maneira, o estado de dúvida, que exigiria a aplicação da regra do ônus da prova como método de decisão. Ou seja, se não existe dúvida, não há necessidade de adoção da regra do ônus da prova.

A lógica da verossimilhança preponderante se funda na premissa de que as partes sempre convencem o juiz, *ainda que minimamente*, o que é totalmente equivocado. O juiz não se convence quando *é obrigado* a se contentar com o que prepondera. Deixe-se claro que a teoria da verossimilhança preponderante *não se confunde com a possibilidade de o juiz reduzir as exigências de prova ou as exigências de convicção a partir de uma particular situação de direito material*. Nesse último caso, *não se trata de julgar com base na verossimilhança que preponderar, mas sim de julgar com base na verossimilhança exigível à luz das circunstâncias do caso concreto, quando então o juiz se convence, ainda que da verossimilhança, por ser essa a convicção de verdade possível diante do caso concreto*.

Uma outra teoria, ao lidar com a dúvida, em princípio não a esconde, mas a afirma. Essa teoria aceita a possibilidade de o juiz chegar ao final do procedimento sem se convencer, dizendo que o juiz, nesse caso, deve proferir uma sentença contrária à parte que tem o ônus da prova. Porém, essa teoria tenta se desfazer da dúvida ao firmar a idéia de que a sentença proferida pelo juiz que não se convenceu, e assim foi obrigado a julgar com base na regra do ônus da prova, não produz coisa julgada material (não se torna indiscutível e imutável).

Contudo, não há muita diferença em proibir que o juiz deixe de julgar (o chamado *non liquet*) e admitir que a sentença, na hipótese de insuficiência de provas, não produz coisa julgada material. Ora, se o juiz é obrigado a julgar, o seu julgamento deve ter autoridade e se tornar estável, impedindo a sua negação ou rediscussão.

Em resumo: i) não é correto obrigar o juiz a julgar com base na verossimilhança que preponderar, independentemente da situação concreta, como também ii) não se pode admitir que a sentença não produz coisa julgada material apenas por ser fundada em prova insuficiente para esclarecer os fatos. É que as partes *devem convencer o juiz*, e esse, para julgar, *em regra deve estar convicto da verdade, com exceção de particulares situações de direito substancial* em que se admite que a sua convicção possa se formar com base em verossimilhança. Por outro lado, não há qualquer racionalidade em admitir que a sentença, apenas porque baseada em provas insuficientes, não produz coisa julgada material, *pois isso seria o mesmo que supor que os conflitos devem se eternizar até que as partes tenham meios para provar ou até que o juiz possa se convencer, o que apenas serve para negar a evidência da falibilidade dos meios de conhecimento, da prova, do processo, das partes e do juiz.*

### 3 O JULGAMENTO FUNDADO EM VEROSSIMILHANÇA, A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA AUDIÊNCIA PRELIMINAR E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SENTENÇA

Como visto, se o juiz deve se convencer de algo que está no plano do direito material, não há como exigir uma convicção *uniforme* para todas as situações de direito substancial. Em alguns casos, como os de lesões pré-natais, de seguro e relativos a atividades perigosas, a redução das exigências de prova ou de convicção de certeza é decorrência da própria natureza dessas situações. Por isso, diante delas é admitida a convicção de verossimilhança. Tais situações têm particularidades específicas, suficientes para demonstrar que a exigência de *prova plena* seria contrária ao desejo do direito material.

O objetivo deste item é deixar claro que existem três formas para adequadamente atender o direito material diante da fria regra do ônus da prova. A primeira é a de admitir, a partir de dada situação de direito material, o julgamento com base em verossimilhança, isto é, a redução das exigências de prova ou de convicção; a segunda é a da inversão do ônus da prova *na audiência preliminar*; e a terceira é a da inversão do ônus da prova *na sentença*, quando o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança, em face da *inesclarecibilidade da situação fática*.

Como é óbvio, quando o direito material nada tem de particular, a dúvida implica no julgamento com base na regra do ônus da prova, e assim a verossimilhança aí não basta. *Mas, existem situações de direito material que, embora não permitam a formação de convicção de verossimilhança, exigem a inversão do ônus da prova na audiência preliminar ou na sentença.*

*Em princípio*, a inversão do ônus da prova somente é admissível como regra dirigida às partes, pois deve dar à parte que originariamente não possui o ônus da prova a *oportunidade de produzi-la*. Nessa lógica, quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a *possibilidade* de cumpri-lo, pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. *A inversão do ônus da prova, nessa linha, somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo.*

É evidente que o fato de o réu ter condições de provar a não existência do fato constitutivo não permite, por si só, a inversão do ônus da prova. Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim exigir a prova de que o fato constitutivo não existe. Ou seja, *a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência.*

Em outros casos, porém, *a produção da prova é impossível às duas partes*, e assim não há razão para inversão do ônus da prova na audiência preliminar. Contudo, diante da impossibilidade da produção de prova, o juiz não consegue formar sequer uma convicção de verossimilhança, mas, ainda assim, a inesclarecibilidade da situação de direito material não deve ser suportada pelo autor, como ocorre nos “casos comuns”.<sup>4</sup>

Pense-se no exemplo dado por Walter<sup>5</sup>, da vítima que foi nadar em clube de natação que deixou de informar, seguindo as regras legais, a profundidade das piscinas aptas àqueles que ainda estavam aprendendo a nadar. Ocorrida uma morte em piscina de grande profundidade, sem que essa estivesse definida como imprópria aos nadadores iniciantes, os familiares do falecido ingressaram com ação ressarcitória. Os autores afirmaram que a vítima morreu afogada, enquanto que o réu disse que a morte teria sido ocasionada por um colapso. Não havia como demonstrar uma coisa nem outra e, assim, *existia uma situação de “inesclarecibilidade”*. *Diante da impossibilidade de produção de prova, sequer indiciária, o juiz não teve condições de chegar nem mesmo a uma convicção de verossimilhança.* Frise-se que, nesse caso, além de ter sido impossível a inversão do ônus da prova na audiência preliminar, o juiz não encontrou uma convicção de verossimilhança.

Mas seria justo que a sentença concluísse que os autores deveriam pagar pela não produção de prova? Ou a dúvida deveria ser arcada pelo réu? Partindo-se do pressuposto de que aquele que viola uma norma de prevenção ou de proteção aceita o risco de produzir dano, a aceitação desse risco implica, por conseqüência lógica, em assumir o risco relativo à dificuldade na elucidação da causalidade entre a violação e o dano, ou melhor, em assumir o ônus da prova capaz de esclarecê-la. Vale dizer que, *quando há uma situação de inesclarecibilidade que pode ser imputada ao réu, a sentença deve*

*inverter o ônus da prova.* Nessa hipótese, como não há convicção de verossimilhança, a dúvida tem que ser paga por uma das partes. Mas não há racionalidade em imputá-la ao autor quando o risco da inesclarecibilidade do fato constitutivo é assumido pelo réu.

Resumindo: o juiz deve procurar uma *convicção de verdade* e, por isso, quando está em dúvida - isto é, quando o autor não lhe convencer da existência do fato constitutivo -, em regra deve julgar com base na regra do art. 333. Porém, *algumas* situações de direito material exigem que o juiz *reduza as exigências* de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança. Ao lado disso, há situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, *mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração da sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova na audiência preliminar.* Acontece que há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, *para ambas as partes*, quando então não há como inverter o ônus probatório na audiência preliminar e o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. Nessas hipóteses, determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo autor, *quando a inversão do ônus da prova deve ocorrer na sentença.*

#### 4 O TRATAMENTO DIFERENCIADO DO ÔNUS DA PROVA DIANTE DAS VÁRIAS NECESSIDADES DO DIREITO MATERIAL

Há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter ou atenuar o ônus da prova quando pode aplicar o Código de Defesa do Consumidor (CDC). *O fato de o art. 6º, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito à inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material.*

Caso contrário teríamos que raciocinar com uma das seguintes hipóteses: i) ou admitiríamos que *apenas as relações de consumo* podem abrir margem ao tratamento diferenciado do ônus da prova; ii) ou teríamos que aceitar que *outras* situações de direito substancial, ainda que tão características quanto as pertinentes às relações de consumo, não admitem tal tratamento diferenciado apenas porque o juiz *não está autorizado pela lei.*

A idéia de que somente as relações de consumo reclamam a inversão do ônus da prova não tem sustentação. Considerada a natureza das relações de consumo, é certo que ao consumidor não pode ser imputado o ônus de provar certos fatos - como a relação de causalidade entre o defeito do produto - ou do serviço - e os danos - nas ações de ressarcimento que podem ser propostas contra o fabricante, o produtor, o construtor, o importador de produtos e o fornecedor de serviços (arts. 12 e 14 do CDC). Porém, *isso não quer dizer que não existam outras situações de direito substancial que exijam a inversão do ônus da prova ou mesmo requeiram uma atenuação do rigor na aplicação da regra do ônus da prova, contentando-se com a verossimilhança.*

Basta pensar nas chamadas atividades perigosas ou na responsabilidade pelo perigo e nos casos em que a responsabilidade se relaciona com a violação de deveres legais, quando o juiz não pode aplicar a regra do ônus da prova como se estivesse frente a um caso “comum”, exigindo que o autor prove a causalidade entre a atividade e o dano e entre a violação do dever e o dano sofrido. Ou seja, *não há razão para forçar uma interpretação capaz de concluir que o art. 6º, VIII do CDC pode ser aplicado, por exemplo, nos casos de dano ambiental, quando se tem a consciência de que a inversão do ônus da prova ou a redução das exigências de prova têm a ver com as necessidades do direito material e não com uma única situação específica ou com uma lei determinada.*

*Não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei.* Aliás, a própria norma contida no art. 333 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada. Recorde-se que o ordenamento alemão não contém norma similar a do art. 333, e exatamente por isso a doutrina alemã construiu a *Normentheorie*.<sup>6</sup>

Da mesma forma que a regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado. Isso pela simples motivo de que as situações de direito material não são uniformes. A suposição de que a inversão do ônus da prova deve estar expressa na lei está presa à idéia de que qualquer incremento do poder do juiz deve estar definido na legislação, pois de outra forma estará aberta a possibilidade de o poder ser utilizado de maneira arbitrária.

Atualmente, contudo, não se deve pretender limitar o poder do juiz, mas sim controlá-lo, e isso não pode ser feito mediante uma previsão legal da conduta judicial, como se a lei pudesse dizer o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas. Como as situações de direito material são várias, deve-se procurar a justiça do caso concreto, o que repele as teses de que a lei poderia controlar o poder do juiz. Esse controle, atualmente, somente pode ser obtido mediante a imposição de uma rígida justificativa racional das decisões, que podem ser auxiliadas por regras como a da proporcionalidade e suas sub-regras.

Se não é possível ao legislador afirmar, como se estivesse tratando de situações uniformes, que o juiz deve sempre aplicar a regra do ônus da prova, também não lhe é possível dizer que apenas uma ou outra situação de direito material pode permitir a sua inversão. É claro que tal inversão pode ser prevista para determinadas situações – como acontece com as relações de consumo –, mas não é certo concluir que a ausência de expressa previsão legal possa excluir a atuação judicial em todas as outras.

## 5 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Demonstrado que o ônus da prova *não é exclusividade de uma específica situação de direito material, mas sim necessidade para o seu adequado tratamento*, cabe passar à análise da regra do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, que expressamente indica os *pressupostos* para a inversão do ônus da prova nas *relações de consumo*.

De acordo com essa norma, é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, *for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente*, segundo as regras ordinárias de experiência”. Aqui, os critérios para a inversão devem ser pensados a partir dos pressupostos postos na lei, ao contrário do que ocorre quando nos ocupamos dos critérios para a inversão do ônus da prova fora do Código de Defesa do Consumidor.

A leitura da regra do art. 6º, VIII propõe as seguintes questões: i) a inversão do ônus da prova exige a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do consumidor ou apenas um desses elementos?; ii) o que significa verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor?; iii) qual é o momento para a inversão do ônus da prova?

O art. 6º, VIII afirma claramente que a inversão do ônus da prova é possível, em favor do consumidor, quando “*for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente*”. De modo que a própria interpretação gramatical impõe a conclusão de que basta a verossimilhança *ou* a hipossuficiência.

Mas, para que seja possível expressar os significados de verossimilhança e hipossuficiência, é preciso considerar o contexto em que essas expressões são utilizadas. Ou seja, é preciso recordar as razões de distribuição e inversão do ônus da prova e agora relacioná-las com a natureza das relações de consumo e com a posição que o consumidor nelas ocupa.

Deixe-se claro que o fato de o consumidor não precisar provar culpa quando pretende o i) adimplemento da obrigação ou o ii) ressarcimento do dano (tenha esse dano sido provocado pelo inadimplemento ou pelo chamado “acidente de consumo”) nada tem a ver com inversão do ônus da prova. No primeiro caso sequer é possível cogitar sobre a presença de culpa, *pois o direito ao adimplemento da obrigação independe da ocorrência de culpa*. Nas hipóteses de *dano* provocado pelo inadimplemento ou pelo adimplemento imperfeito e de *dano* derivado de “acidente de consumo”, o próprio Código de Defesa do Consumidor *é expresso em excluir a necessidade da demonstração da culpa* (arts. 12, 14 e 23, CDC).<sup>7</sup>

Por outro lado, no caso de responsabilidade pelo fato do produto, o art. 12, §3º do CDC diz que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – *que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito*

*inexiste*; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Na hipótese de responsabilidade pelo fato do serviço, preceitua o art. 14, §3º do mesmo código que “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito *inexiste*; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Como se vê, tais normas afirmam expressamente que o consumidor não precisa provar o defeito do produto ou do serviço, *incumbindo ao réu o ônus de provar que esses defeitos não existem*.

Em ação de ressarcimento baseada em responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, além de a *responsabilidade ser independente de culpa (objetiva)*, o consumidor é *dispensado* de provar o defeito do produto ou do serviço. Até aqui a única questão probatória que aparece diz respeito à prova do defeito, mas o ônus dessa prova é expressamente imputado ao réu, não recaindo sobre o consumidor. Nesse caso, como é óbvio, o juiz não precisa inverter o ônus da prova, pois esse ônus já está invertido (ou definido) pela lei.

No caso em que o réu não consegue demonstrar que o defeito não existe, faltaria ainda ligar esse defeito ao dano. Exemplifique-se com a hipótese do remédio que contém defeito na sua fabricação. Como é pouco mais do que óbvio, um remédio com defeito somente pode gerar responsabilidade – ainda que essa prescindida de culpa – quando causa um dano. O problema, então, passa a ser o da prova da causalidade. Como provar que uma doença, ou um problema no feto foi ocasionado pelo defeito de um remédio?

Frise-se que, em um caso com esse (de defeito na composição de remédio), a relação de consumo é *marcada pela violação de uma norma que objetiva dar proteção ao consumidor*. O fabricante que viola essa norma *assume o risco da dificuldade de prova da causalidade*. Se a prova da causalidade é difícil, basta que o juiz chegue a uma convicção de verossimilhança para responsabilizar o réu. Essa convicção de verossimilhança, é claro, *não se confunde com a convicção de verossimilhança da tutela antecipatória*, pois não é uma convicção fundada em parcela das provas que ainda podem ser feitas no processo, mas sim uma convicção que se funda nas provas que puderam ser realizadas no processo, mas, *diante da natureza da relação de direito material*, devem ser consideradas suficientes para fazer crer que o direito pertence ao consumidor.

Essa convicção de verossimilhança *nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova*, e assim, em princípio, *seria distinta da inversão do ônus da prova*. Mas, o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor *alude expressamente à possibilidade de inversão do ônus da prova quando a alegação for verossímil*. Na verdade, *quando esse código mistura verossimilhança com inversão do ônus da prova, está querendo dizer que basta a verossimilhança preponderante, embora chame a técnica da verossimilhança preponderante de inversão do ônus da prova*.

No caso em que o autor alega que um defeito no sistema de freios do seu veículo lhe acarretou um acidente com danos materiais e pessoais, e o

fabricante não demonstra a inexistência desse defeito, a dificuldade no *preço esclarecimento* de que o dano foi gerado pelo defeito não pode ser suportada pelo consumidor, bastando-lhe, assim, fazer o juiz *acreditar na verossimilhança* de que esse defeito tenha provocado o dano. A dificuldade no *pleno esclarecimento* da relação de causalidade, diante do risco probatório assumido pelo fabricante – que produziu o sistema de freios com defeito –, obviamente deve ser imputada a ele. É por isso que basta a verossimilhança ou, como quer o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, que o juiz inverta o ônus da prova, com base na verossimilhança, na própria sentença.

A outra hipótese de inversão do ônus da prova na sentença decorre da chamada *hipossuficiência do consumidor*. Por hipossuficiência, aqui, deve-se entender a *impossibilidade de prova – ou de esclarecimento da relação de causalidade* – trazida ao consumidor pela violação de uma norma que lhe dá proteção, por parte do fabricante ou do fornecedor. A hipossuficiência importa quando há *inesclarecibilidade* da relação de causalidade e essa impossibilidade de esclarecimento tem relação com a própria violação da norma de proteção.

Melhor explicando: em determinados casos, ainda que não seja possível determinar, através de prova, que um defeito ocasionou um dano, seja porque as provas não são conclusivas, seja porque as regras de experiência não são absolutas, pode ser viável ao menos chegar a uma *convicção de verossimilhança*, a qual é legitimada em razão de que o violador da norma de proteção assumiu o risco da dúvida. Nessas situações é possível julgar com base na *verossimilhança preponderante*, ou, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, inverter o ônus da prova na sentença com base na *verossimilhança da alegação*. Porém, quando não se pode chegar *nem mesmo à verossimilhança da alegação*, há uma situação de *inesclarecibilidade*, ou a impossibilidade de o consumidor produzir prova para esclarecer a relação de causalidade. Nessa situação a inversão do ônus da prova deve ser feita com base em hipossuficiência, tal como compreendida no parágrafo acima.

Nessas duas hipóteses a inversão do ônus da prova é voltada ao juiz. Não há sequer motivo para pensá-la como regra dirigida à parte, pois em nenhum dos casos se exige prova do fabricante ou do fornecedor.

Mas, quando a prova é impossível, ou muito difícil, ao consumidor, e possível, ou mais fácil, ao fabricante ou ao fornecedor, *a inversão do ônus da prova se destina a dar ao réu a oportunidade de produzir a prova que, de acordo com a regra do art. 333, incumbiria ao autor. Agora não se trata de inverter o ônus da prova para legitimar – na sentença – a incompletude ou a impossibilidade da prova, mas de transferir do autor ao réu o ônus de produzi-la – o que deve ser feito na audiência preliminar.*

Alguém perguntaria se, nesse último caso, a inversão seria fruto da verossimilhança ou da hipossuficiência. Porém, como essa verossimilhança - conforme já dito - não deve ser confundida com a verossimilhança própria aos juízos que se formam no curso do processo, somente a dificuldade de

produção de prova caracterizada pela peculiar posição do consumidor – ou a hipossuficiência –, pode dar base à inversão do ônus da prova na audiência preliminar.

## 6 CONVICÇÃO, DECISÃO E MOTIVAÇÃO

Como visto, o juiz pode chegar ao final do procedimento i) em estado de dúvida e simplesmente aplicar a regra do ônus da prova, como também ii) julgar com base em verossimilhança ou inverter o ônus da prova em razão da “verossimilhança da alegação” e ainda iii) inverter o ônus da prova em razão da inesclarecibilidade da situação fática ou da hipossuficiência do consumidor.

Acontece que a convicção obviamente não pode ser medida em graus ou em números. A dúvida, a convicção de verossimilhança e a inesclarecibilidade, ainda que constituam pressupostos para o juiz decidir, *apenas podem ser demonstradas na motivação da sentença*. De modo que a motivação justifica a decisão e o seu antecedente imediato, isto é, a convicção.

Como a convicção é explicada através da motivação, é possível dizer que a convicção é aí racionalizada. Ou melhor, a convicção de verdade, a dúvida, a convicção de verossimilhança e a inesclarecibilidade do fato constitutivo são racionalizadas mediante a racionalização dos argumentos utilizados para justificá-las.

Vale dizer que a legitimidade do julgamento fundado em verossimilhança (ou a inversão do ônus da prova com base na “verossimilhança da alegação”) e da inversão do ônus da prova em razão de inesclarecibilidade (ou com base na “hipossuficiência” do consumidor), requer a análise da motivação. Se os argumentos utilizados – a circunstância de direito material que impõe a dificuldade ou a impossibilidade de produção da prova, ou, por exemplo, a existência de uma regra de experiência<sup>8</sup> que aponte para a verossimilhança - não forem adequados para justificar uma ou outra, ou ainda se a motivação incidir em falta de coerência lógica<sup>9</sup> em relação aos critérios utilizados para demonstrar a convicção de verossimilhança ou a inesclarecibilidade, a decisão carecerá de legitimidade.

Isso demonstra a separação entre *convicção, decisão e motivação*. A convicção é imprescindível para a decisão, pois o juiz, para decidir, tem que saber o que é necessário (ou o que basta) para julgar o pedido procedente, e assim, por exemplo, quando a convicção de verossimilhança é suficiente. Mas a convicção apenas é exteriorizada quando é racionalizada na motivação. Ou seja, se a convicção é importante para a decisão, o certo é que a convicção e a decisão somente poderão ser compreendidas em face da motivação, quando deverão ser justificadas. Portanto, se a sentença de procedência requer, por exemplo, convicção de verossimilhança, tal sentença somente será legítima quando a sua motivação racionalizar adequadamente tal convicção e os elementos que a determinaram.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

PATTI, Salvatore. *Prove: disposizioni generali*. Bologna: Zanichelli, 1987.

ROSENBERG, Leo. *Die beweislust auf der grundlage des bürgerlichen gesetzbuchs und der zivilprozessordnung*. 5. aufl. München: Beck, 1965.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985.

---

<sup>1</sup> PATTI, Salvatore. *Prove: disposizioni generali*. Bologna: Zanichelli, 1987, p. 85.

<sup>2</sup> PATTI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>3</sup> *Idem, ibidem.*, p. 164.

<sup>4</sup> Para um maior aprofundamento desta questão, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 1, p. 183 e ss.

<sup>5</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985, p. 277-278.

<sup>6</sup> ROSENBERG, Leo. *Die beweislust auf der grundlage des bürgerlichen gesetzbuchs und der zivilprozessordnung*. 5. aufl. München: Beck, 1965, p. 91 e ss.

<sup>7</sup> Em relação à responsabilidade pelos “acidentes de consumo”, o CDC estabelece de forma expressa a responsabilidade objetiva (arts. 12 e 14, CDC). Mas, no que diz respeito à responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, a doutrina pensa ora em responsabilidade objetiva ora em culpa *juris et de jure*. Porém, falta-lhe a percepção de que a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço tem dois patamares: *a do inadimplemento (propriamente dito) e a do dano por ele provocado*. O direito de exigir o adimplemento perfeito independe de culpa e, assim, essa somente *poderia ter relevância diante do dano provocado pelo adimplemento imperfeito*.

Contudo, o art. 23 do CDC afirma que “*a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade*”. Como é óbvio, esse artigo diz respeito à responsabilidade *pelo dano* derivado do adimplemento imperfeito. O art. 23 evidencia que, no sistema do CDC, a demonstração de boa-fé não é capaz de elidir a responsabilidade *pelo dano* causado ao consumidor.

Assim, considerando que o consumidor tem direito ao adimplemento perfeito (específico) ainda que não tenha ocorrido culpa, resta a conclusão de que essa somente poderia ter sido dispensada em relação aos danos provocados pelo inadimplemento (art. 23) e no que concerne aos danos decorrentes dos acidentes de consumo (arts. 12 e 14). Ou seja, a culpa foi dispensada nos únicos lugares em que dela se poderia cogitar. (Cf. MARINONI, 2004, p. 234 e ss).

<sup>8</sup> Sobre o controle da utilização das regras de experiência, cf. MARINONI; ARENHART, 2005, v. 5, t. 1, p. 460 e ss.

<sup>9</sup> A respeito da coerência lógica e da coerência narrativa da decisão, cf. MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004., p. 473 e ss; TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 287 e ss.

## SHAPING CONVICTION AND SHIFTING THE BURDEN OF PROOF ACCORDING TO THE PECULIARITIES OF EACH CASE

### ABSTRACT

Determining the burden of proof and shaping the conviction. Criticism to the notions that the judge must always decide on the basis of the verisimilitude and that the lack of proof able to produce full conviction of truth implies in a decision that does not produce a settled matter in material terms. Judgement founded on verisimilitude, shifting the burden of proof in the first hearing and in the decision. The differences in the treatment of the burden of proof. Shifting the burden of proof and the Consumer Defense Code. Conviction, decision and motivation.

### KEYWORDS

Burden of proof. Conviction. Verisimilitude. Shifting. Consumer Defense Code. Settled matters.

## LA DISTRIBUTION DE LA RESPONSABILITE DE LA PREUVE ET LA FORMATION DE LA CONVICTION DU JUGE

### RÉSUMÉ

La distribution de la responsabilité de la preuve et la formation de la conviction du juge. Critiques aux thèses dont le juge doit juger plutôt sur base de la probabilité que pondérer et de que le manque de preuve capable de produire de la conviction complète ou de vérité implique dans un jugement qui ne produit pas chose jugée matérielle. Le jugement établi dans probabilité, l'inversion de la responsabilité de la preuve dans l'audience préliminaire et l'inversion de la responsabilité de la preuve dans le jugement. Le traitement différencié de la responsabilité de la preuve en avant des plusieurs nécessités du droit matériel. L'inversion de la responsabilité de la preuve dans le Code de Défense du Consommateur. Conviction, décision et motivation.

### MOTS-CLÉS

Responsabilité de l'épreuve. Conviction. Probabilité. Inversion. Code de Défense du Consommateur. Chose jugée.

# INOVAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Maria Sylvia Zanella Di Pietro\*

1 Origem do Direito Administrativo: o Direito francês e seus paradoxos. 2 Uma palavra sobre o sistema da *common law* e seus paradoxos. 3 O Direito Administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. 4 Principais inovações no Direito Administrativo: ainda a influência do direito estrangeiro. 4.1 Alterações no princípio da legalidade. 4.2 O princípio da participação popular. 4.3 Alterações na idéia de discricionariedade. 4.4 Alterações no conceito de serviço público. 4.5 Outra inovação: movimento de agencificação e introdução da atividade de regulação. 4.6 Adoção do princípio da subsidiariedade. 4.7 Fuga do Direito Administrativo. 5 Conclusões.

## RESUMO

Origem do Direito Administrativo. O Direito Administrativo na França: paradoxos. O Direito Administrativo e o sistema da *common law*. Bases do Direito Administrativo brasileiro. Inovações no Direito Administrativo e as influências do direito estrangeiro. Princípio da legalidade e Direito Administrativo. Participação popular. Alterações na idéia de discricionariedade. Alterações no conceito de serviço público. Movimento de agencificação e introdução da atividade de regulação. Princípio da subsidiariedade e Direito Administrativo. Fuga do Direito Administrativo.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo. Brasil. França. *Common law*. Inovações. Direito estrangeiro.

## 1 ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO: O DIREITO FRANCÊS E SEUS PARADOXOS

Antes de entrar na análise do tema proposto, impõem-se algumas considerações sobre as origens do Direito Administrativo e sobre as influências que o direito estrangeiro exerceu sobre a formação do Direito Administrativo brasileiro e ainda exerce em sua evolução.

Sabe-se que o Direito Administrativo, como ramo autônomo do Direito, teve origem na França, sendo de elaboração pretoriana, em decorrên-

\* Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

cia do trabalho do Conselho de Estado, que é o órgão de cúpula da jurisdição administrativa que se constituiu naquele país.

O Direito Administrativo nasceu referido a um sujeito – a Administração Pública. Por isso mesmo se entendeu que devia ser constituído por normas próprias, derogatórias do direito privado que rege as relações entre particulares.

Segundo Vedel<sup>1</sup>, o Direito Administrativo francês é, em grande parte, *não legislativo*, porque formulado pelo juiz. Diz ele que “nesse ramo do Direito, o repúdio ao Código Civil e ao Direito Privado e à mensidão de lacunas legislativas levaram o juiz a *fazer* verdadeiramente o Direito”. A função do juiz administrativo não era só a de interpretar o direito positivo, como o fazia o juiz comum, mas também preencher, por suas decisões, as lacunas da lei.

O Direito Administrativo francês se elaborou com base em determinados conceitos, como o de serviço público, de autoridade, de poder público, de especialidade de jurisdição, nenhum deles inspirado no direito privado. Conforme ensinamento de Vedel<sup>2</sup>, quatro princípios essenciais informam o Direito Administrativo francês: o da *separação das autoridades administrativa e judiciária*, que determina as matérias para as quais os tribunais judiciais são incompetentes; o das *decisões executórias*, que reconhece à Administração a prerrogativa de emitir unilateralmente atos jurídicos que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância; o da *legalidade*, que obriga a Administração a respeitar a lei; e o da *responsabilidade do poder público*, em virtude do qual as pessoas públicas devem reparar os danos causados aos particulares.

O fato de ter-se criado um ramo autônomo para reger as relações de que a Administração Pública é parte não significa que o Conselho de Estado nunca utilizasse o Direito Privado. Pelo contrário, ainda uma vez lembrando a lição de Vedel,

o que permanece verdadeiro da tese clássica é que, ao contrário do juiz judiciário, o juiz administrativo é senhor de decidir se os Códigos e as leis de direito privado se aplicam a tal ou tal matéria dependente de sua competência. Conforme os casos, ele próprio forjará as regras aplicáveis ou considerará inútil a derrogação das regras do direito privado.

Um dado relevante sobre o Direito Administrativo é a fácil constatação de inúmeras *contradições* e *paradoxos* presentes nesse ramo do direito desde as suas origens até os dias atuais.

Em primeiro lugar, releva notar o fato de que o Direito Administrativo surgiu em pleno período do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico. A grande preocupação era a de proteger as liberdades do cidadão; daí a elabo-

ração do *princípio da legalidade*. No entanto, paradoxalmente, o Direito Administrativo nasceu sob o signo do autoritarismo, já que reconheceu uma série de prerrogativas (potestades públicas) à Administração Pública. Daí a afirmação de que o regime jurídico administrativo compreende o binômio: *liberdade e autoridade*. A liberdade é garantida por princípios como os da legalidade, isonomia, separação de poderes. A autoridade é protegida por prerrogativas públicas que garantam a supremacia do poder público sobre o particular.

Outro paradoxo ainda relacionado com o princípio da legalidade: sob inspiração dos princípios revolucionários, o direito francês elaborou o princípio da legalidade (que, na França, corresponde à expressão Estado de Direito, criada pelo direito alemão), com o objetivo de proteger os direitos individuais. No entanto, paradoxalmente, na França a lei não é a principal fonte do Direito Administrativo. A principal fonte é a jurisprudência elaborada pela jurisdição administrativa, especialmente o Conselho de Estado. Na França, falar em princípio da legalidade significa falar primordialmente em submissão à jurisprudência elaborada pelos órgãos de jurisdição administrativa.

## 2 UMA PALAVRA SOBRE O SISTEMA DA COMMON LAW E SEUS PARADOXOS

O sistema da *common law*, em que se enquadram, entre outros, o direito inglês e o direito norte-americano, demorou a reconhecer a existência do Direito Administrativo, por repudiar duas idéias fundamentais do Direito Administrativo francês: a sujeição da Administração Pública a um regime jurídico próprio, diverso do aplicável aos particulares (daí a expressão *common law*, a designar a existência de um regime único para poder público e particulares) e a existência de uma jurisdição administrativa própria para decidir os litígios da Administração Pública (daí o sistema da unidade de jurisdição).

Paradoxalmente, o sistema da *common law* levou à formação de um Direito Administrativo com características muito semelhantes às do Direito Administrativo francês (com o reconhecimento de prerrogativas públicas para a Administração) e, o que é mais contraditório, outorgou às agências reguladoras *funções quase legislativas e quase judiciais*.

*Quase legislativas*, porque as agências (que, em conjunto, formam a Administração Pública) têm o poder de baixar normas com força de lei, obrigatórias para os cidadãos, mas que se colocam hierarquicamente abaixo da lei. Uma norma posta por uma agência não pode contrariar a lei. Para compatibilizar essa função normativa com o princípio da separação de poderes, criou-se uma sistemática: a agência só pode baixar normas se essa atribuição for atribuída por lei específica; as normas devem observar os *standards* (conceitos indeterminados, diretrizes, princípios), contidos na lei ou na Constituição; cabe ao Judiciário examinar a validade das normas das agências

diante desses *standards* contidos na lei, podendo invalidar as normas que os contrariem; para esse fim, elaborou-se o *princípio do devido processo legal substantivo*, pelo qual a norma da agência só é válida na medida em que seja razoável, adequada, racional, em relação aos *standards* contidos na lei; para garantir o aspecto democrático, submeteu-se a elaboração de normas pelas agências a um procedimento, definido na Lei de Procedimentos Administrativos, em que a participação é fundamental, sob pena de ilegalidade. Vale dizer que a elaboração legislativa pelas agências baseia-se num tripé: a delegação legislativa, o controle judicial do conteúdo das normas com base no princípio do devido processo legal substantivo e a imposição de observância de procedimento administrativo com a participação do cidadão (devido processo legal adjetivo).

*Quase judicial*, porque as agências têm o poder de resolver conflitos na esfera administrativa, inicialmente com exclusão da apreciação judicial quanto à matéria de fato e às questões técnicas (a chamada discricionariedade técnica). Com o tempo, o controle judicial cresceu e o Judiciário passou a apreciar a motivação, a razoabilidade, a relação custo benefício, a matéria de fato.

Paradoxo: criticou-se o direito francês por causa da existência do direito administrativo e da jurisdição administrativa, mas criou-se um *direito administrativo posto pelas agências reguladoras*, portanto, muito mais autoritário do que o direito francês, e outorgou-se a órgãos administrativos função quase judicial, com subtração de algumas matérias à apreciação judicial. Na jurisdição administrativa, os conselheiros gozam da mesma independência que os membros do Poder Judiciário, o que não ocorre em relação às agências, cuja independência se apoiou, de início, apenas na idéia de neutralidade em relação aos três Poderes do Estado, mito que aos poucos se desfez, pela crescente submissão das agências a controles exercidos pelos três Poderes do Estado e a diretrizes impostas pelo Poder Executivo. O autoritarismo reduziu-se apenas com a previsão da participação dos interessados no processo de elaboração das normas e com a ampliação do controle judicial.

No sistema da *common law* não se fala em ato administrativo, em decisão executória, em serviço público (e sim em serviço de utilidade pública), em contrato administrativo (embora os poderes da Administração sejam muito semelhantes aos reconhecidos no direito administrativo de base romanística); mesmo a responsabilidade civil do Estado demorou a ser reconhecida, só ocorrendo isto em meados do século XX, assim mesmo não abrangendo todas as hipóteses de danos causados aos particulares.

### 3 O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO SOB INFLUÊNCIA DOS SISTEMAS DE BASE ROMANÍSTICA E DA COMMON LAW

Embora sob influência do direito francês e de outros direitos enquadrados no sistema de base romanística (direito italiano, alemão, espanhol,

português etc), o regime jurídico administrativo, no Brasil, também sofreu alguma influência do sistema da *common law*, especialmente do direito norte-americano.

No Brasil-Colônia, aplicavam-se as leis portuguesas, especialmente as Ordenações do Reino.

No período do Império, adotaram-se os princípios do Estado liberal, sob influência do direito francês, inclusive com a criação do Conselho de Estado. Só que este não exercia função jurisdicional e sim função consultiva. Também nesse aspecto o direito francês serviu de modelo, porque na fase inicial do Conselho de Estado francês, o órgão não tinha independência, sendo suas manifestações sujeitas à aprovação do Imperador.

No primeiro período da República, suprime-se o Poder Moderador e o Conselho de Estado. Isto ocorreu porque se abandonou a influência francesa da dualidade de jurisdição e se acolheu o modelo anglo-americano da unidade de jurisdição. No Decreto n. 848, de 11.10.1898, inseriu-se dispositivo (art. 387) determinado que “os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas da República dos Estados Unidos da América, os casos de *common law* e *equity* serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”.

Com isso, passou a Administração Pública a submeter-se ao controle jurisdicional. E também, em matéria de Direito Administrativo e ainda sob influência do direito norte-americano, a jurisprudência passou a ocupar papel de destaque como fonte do direito. Ou seja, a jurisprudência passou a desempenhar importante papel na criação do direito.

Conforme demonstramos em artigo sobre “500 anos de Direito Administrativo brasileiro”, com base nos ensinamentos de Lafayette Pondé<sup>4</sup>, existem vários exemplos de criação jurisprudencial de institutos consagrados no Direito Administrativo brasileiro, alguns temporariamente e outros em caráter duradouro, até os dias atuais; alguns foram aplicados como institutos não previstos no direito positivo e, outros, contrariamente à letra da lei: ampliação do instituto do *habeas corpus* para proteção de outros direitos individuais que não a proteção da liberdade de locomoção; criação do instituto da *desapropriação indireta*; ao arripio do artigo 547 do Código Civil, que exigia indenização prévia e o requisito de decreto explícito; aplicação do contrato de *concessão de uso* e não de contratos de direito privado para a ocupação de *boxes* ou bancas de mercado público ou de locais em logradouros públicos; submissão das *servidões administrativas* a regime jurídico próprio; a adoção de uma *teoria dos contratos administrativos*, com características diversas do Direito Privado; afastamento da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos administrativos; aplicação da *teoria da imprevisão* e da *teoria do fato do príncipe* segundo regras especiais; tese de que os funcionários públicos se regem por um *status* e não por contrato, sendo suas vantagens e deveres iguais para

uma mesma categoria; reconhecimento e qualificação da *autarquia*, como pessoa jurídica de direito público não prevista no artigo 14 do Código Civil de 1916; reconhecimento da *teoria do risco*, em termos de responsabilidade civil do Estado, contrariamente à norma do artigo 15 do Código Civil.

Pode-se afirmar que o Direito Administrativo brasileiro sofreu, nessa fase, influência do direito norte-americano, no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição, à jurisprudência como fonte do direito, à submissão da Administração Pública ao controle jurisdicional. Mas, no que diz respeito às teorias e aos princípios, ficou evidente que a influência predominante foi a do direito francês criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi derogando o Direito Privado antes aplicado à Administração e criando regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao Direito Administrativo. Nisto afastou-se do sistema da *common law*, que repudiava a existência de um regime jurídico especial para a Administração Pública, como também repudiava a existência de tribunais administrativos para decidir os litígios em que ela fosse parte interessada.

Do direito francês, o Direito Administrativo brasileiro acolheu a idéia de ato administrativo, com o atributo da auto-executoriedade, as sucessivas teorias sobre responsabilidade civil do Estado, o conceito de serviço público, as prerrogativas da Administração Pública, a teoria dos contratos administrativos, o princípio da legalidade.

Na realidade, a influência da doutrina na formação do Direito Administrativo brasileiro foi muito grande. O Direito Positivo previu a unidade de jurisdição e o princípio da legalidade. Mas, pelo trabalho da doutrina, fortemente inspirada no direito europeu continental, os tribunais foram acatando e aplicando teorias e princípios não consagrados no direito positivo, senão em fase bem mais adiantada da evolução do Direito Administrativo brasileiro. Veja-se, por exemplo, que, em termos de contratos administrativos, de teoria dos atos administrativos, seus vícios, nulidades, revogação, convalidação, discricionariedade, responsabilidade objetiva do Estado, tivemos todo um regime jurídico construído e elaborado muito antes de sua previsão legal. Muito antes de haver uma lei disciplinando os contratos administrativos (o que só foi feito de forma mais completa pelo Decreto-lei n. 2.300, de 1986), nós já aplicávamos tudo o que hoje está no direito positivo.

Se for analisada a fundo a evolução do Direito Administrativo brasileiro, poder-se-á caminhar no seguinte sentido: trabalho da doutrina (fortemente inspirada no direito francês), acolhido pela jurisprudência e consagrado no direito positivo. Doutrina, jurisprudência e direito positivo. Esse foi o sentido da evolução.

Quanto ao princípio da legalidade, embora adotando o sistema de jurisdição uma próprio da *common law*, o direito brasileiro não adotou o mes-

mo princípio do *stare decisis*, que dá força obrigatória aos precedentes judiciais. E, embora adotando o princípio da legalidade herdado do direito francês, o mesmo foi aceito em sua pureza, tal como apregoado pelos ideais revolucionários: a lei, como ato do parlamento, representante da vontade geral do povo, é a principal fonte do direito. E esse postulado foi inserido, com ressalva para a Constituição de 1937, em todas as Constituições brasileiras, inclusive na do Império (art. 179, I). Vale dizer que todas as Constituições, com a ressalva já apontada, sempre contiveram a norma segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

É curioso que, embora o direito francês considerasse o princípio da legalidade como uma das bases do Direito Administrativo, na prática, afastou-se desse postulado, na medida que a jurisprudência adotada pela jurisdição administrativa transformou-se, aos poucos, na principal fonte do Direito Administrativo. No direito francês, falar em princípio da legalidade significa falar na força obrigatória das decisões do Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa.

Em decorrência da adoção do princípio da legalidade, o Direito Administrativo brasileiro, à semelhança de outros direitos, como o espanhol, o português, o dos países sul-americanos, colocou no direito positivo aquilo que no direito francês constituíam teorias e princípios de elaboração jurisprudencial. Aquilo que na França é alterado pela jurisdição administrativa, no Brasil depende de alteração legislativa. E com uma agravante: as bases do Direito Administrativo estão na Constituição: as intervenções do Estado na propriedade privada, o regime estatutário do servidor público, os princípios da Administração Pública, a regra sobre responsabilidade civil do Estado, o princípio da licitação, as normas sobre orçamento e contabilidade pública, as competências normativas, a proteção do patrimônio público, os direitos e garantias do cidadão perante a Administração Pública, o controle interno, o judicial e o legislativo.

A conseqüência é que a evolução do Direito Administrativo depende, em grande parte, de reformas constitucionais, o que conduz a dois caminhos: (a) um, lícito, que é a reforma pelos instrumentos que a própria Constituição prevê; (b) outro que é feito ao arrepio da Constituição, que vai sendo atropelada pelas leis ordinárias, por atos normativos da Administração Pública e, às vezes, sem qualquer previsão normativa; a Administração Pública, com muita freqüência, coloca-se na frente do legislador. Daí o desprestígio da Constituição e do princípio da legalidade.

Este é talvez o maior paradoxo: afastamo-nos do direito francês e do sistema da *common law*, quando colocamos a lei como principal fonte do direito. Mas, na prática, colocamos uma distância grande entre o que está na lei e o que se aplica na prática, pelo afã de copiar modelos estrangeiros nem sempre adaptáveis ao direito positivo brasileiro, em especial à Constituição.

O certo é que aquele Direito Administrativo que está hoje nos manuais (já chamado de Direito Administrativo tradicional ou conservador) foi estruturado com base em determinados institutos e princípios que constituem ainda hoje objeto de estudo desse ramo do direito e que recebeu influência de diferentes direitos, o que pode ser resumido pela forma a seguir exposta.

Do *direito francês*, herdou o conceito de serviço público, a teoria dos atos administrativos com o atributo da executoriedade, as teorias sobre responsabilidade civil do Estado, o princípio da legalidade, a teoria dos contratos administrativos, as formas de delegação da execução de serviços públicos, a idéia de que a Administração Pública se submete a um regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, e que abrange o binômio autoridade-liberdade.

Do *direito italiano*, recebeu o conceito de mérito, o de autarquia e entidade paraestatal (dois vocábulos criados no direito italiano), a noção de interesse público, e o próprio método de elaboração e estudo do direito administrativo, mais técnico-científico do que o método pragmático do direito francês. Com efeito, ao lado dos alemães, os autores italianos muito contribuíram, não só aqui, mas em outros países, para a mudança do próprio método de estudo do Direito Administrativo; este, sendo de formação jurisprudencial, era elaborado a partir de casos concretos, sem muita preocupação com a sistematização; a doutrina alemã e a italiana contribuíram para a adoção de um método técnico-científico.

No *direito alemão* parece ter encontrado inspiração o tema dos conceitos jurídicos indeterminados e do princípio da razoabilidade (relacionados com a matéria de interpretação e discricionariedade administrativa). Sob esse aspecto também foi grande a contribuição da doutrina portuguesa e espanhola, que, como o direito brasileiro, caminharam para a positivação do Direito Administrativo.

Do sistema da *common law*, o Direito Administrativo brasileiro herdou o princípio da unidade de jurisdição, o mandado de segurança e o mandado de injunção, o princípio do devido processo legal, inclusive, mais recentemente, em sua feição substantiva, e que praticamente se confunde com o princípio da razoabilidade, hoje já aplicado no direito brasileiro.

Até na doutrina social da Igreja foi-se procurar inspiração para instituir o princípio da função social da propriedade, que deu origem às desapropriações sancionatórias; e também o princípio da subsidiariedade, pelo qual o Estado só deve atuar quando o particular não tiver condições de atuar sozinho, hipótese em que deve estimular, ajudar, subsidiar a iniciativa privada.

Talvez em matéria de bens públicos é que se encontra alguma coisa de peculiar ao direito brasileiro, quer na classificação tripartite dos bens, quer nos institutos ligados à regularização das terras públicas, como os conceitos

de terras devolutas, de legitimação de posse e o processo de discriminação; quer nos conceitos de terras indígenas, terrenos reservados, terrenos de marinha.

Também é inegável que a legislação portuguesa sobre terras públicas, especialmente sobre sesmarias e concessão, influenciou grandemente o direito brasileiro.

Outra coisa que se fez no Brasil e também em outros países, foi passar para o direito positivo grande parte dos institutos trazidos do direito francês, como a matéria dos contratos, com todas as teorias do fato do príncipe e da imprevisão; e, mais recentemente, a teoria dos atos administrativos, em parte positivada pela lei que disciplina os processos administrativos na órbita federal. Por outras palavras, enquanto, no direito francês, o Direito Administrativo era de formação pretoriana, jurisprudencial, adaptável de forma mais flexível ao interesse público sempre cambiante, pelo trabalho criativo da jurisdição administrativa, no Brasil essas mesmas teorias e princípios foram incorporados ao direito positivo.

Além de passar para o direito positivo, às vezes para a própria Constituição, determinados institutos do Direito Administrativo, ainda se fez legislação que, pelo excesso de formalismo, contribuiu para emperrar o funcionamento da Administração Pública; tal ocorreu especialmente em matéria de licitação e contrato, de regime jurídico do servidor público, de controle administrativo e financeiro, de administração indireta, pois a estas se atribuiu regime jurídico praticamente igual ao das entidades públicas, tirando muito de sua flexibilidade e da sua própria razão de existir.

#### **4 PRINCIPAIS INOVAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO: AINDA A INFLUÊNCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO**

As principais inovações foram introduzidas após a Constituição de 1988, seja com a adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, seja sob inspiração do neoliberalismo e da globalização, do sistema da *common law* e do direito comunitário, que levaram à chamada Reforma do Estado, na qual se insere a Reforma da Administração Pública e, em consequência, a introdução de novidades no âmbito do direito administrativo. Não se pode deixar de mencionar a influência de princípios da Ciência Econômica e da Ciência da Administração no Direito Administrativo, com duas consequências: de um lado, a formação do chamado *Direito Administrativo Econômico* (em relação ao qual o Direito Administrativo tradicional é chamado, pejorativamente, de conservador ou, mesmo ultrapassado) e, de outro lado, a preocupação com princípios técnicos, mais próprios da ciência da administração, significando um retorno a uma fase anterior em que já houve a confusão entre os institutos e princípios jurídicos, próprios do direito, e os aspectos puramente técnicos, mais ligados à Ciência da Administração.

#### 4.1 Alterações no princípio da legalidade

Desde que formulado, o princípio da legalidade passou por toda uma evolução, que não é oportuno examinar em profundidade neste trabalho. Apenas fazemos remissão ao que foi analisado no livro *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*.

A partir da Constituição de 1891 instaurou-se o Estado Liberal de Direito preocupado com as liberdades do cidadão. Em decorrência dessa preocupação, o princípio da legalidade tinha sentido restrito: a Administração pode fazer tudo o que a lei não proíbe (era o princípio da vinculação negativa, que praticamente se identifica com o princípio da autonomia da vontade).

A partir da Constituição de 1934 pôde-se falar em Estado Social de Direito, um Estado prestador de serviços, que foi ampliando a sua atuação para abranger as áreas econômica e social, com o conseqüente fortalecimento do Poder Executivo. O princípio da legalidade ampliou-se para abranger os atos normativos baixados pelo Poder Executivo, com força de lei, e estendeu-se a todo o âmbito de atuação administrativa. O princípio da legalidade passou a significar que a Administração só pode fazer o que a lei permite (princípio da vinculação positiva).

Com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do *Estado Democrático de Direito*.

Duas idéias são inerentes a esse tipo de Estado: *uma concepção mais ampla do princípio da legalidade* e a *idéia de participação do cidadão* na gestão e no controle da Administração Pública.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, o Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição.

Nesse sentido, o artigo 20, § 3º, da Lei Fundamental da Alemanha, de 8/5/1949, estabelece que “o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito”. Idéias semelhantes foram inseridas nas Constituições espanhola e portuguesa.

No Brasil, embora não se repita norma com o mesmo conteúdo, não há dúvida de que se adotou igual concepção, já a partir do preâmbulo da Constituição, rico na menção a valores, como segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Além disso, os artigos 1º a 4º e outros dispositivos esparsos contemplam inúmeros princípios e valores, como os da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o da erradicação da pobreza, o da prevalência dos direitos humanos, o da moralidade, publicidade, impessoalidade, economicidade, dentre outros. Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei

que os contrarie será inconstitucional; a discricionariedade administrativa está limitada pelos mesmos, o que significa a ampliação do controle judicial que deverá abranger não só a validade dos atos administrativos diante da lei, mas também perante o Direito, no sentido assinalado.

Vale dizer que, hoje, o princípio da legalidade tem uma abrangência muito maior porque exige submissão ao *Direito*.

## 4.2 O princípio da participação popular

Inerente também ao conceito de Estado Democrático é a idéia de *participação do cidadão* na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural; essa idéia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito – permitindo falar em democracia participativa – como também com a previsão de vários instrumentos de participação, podendo-se mencionar, exemplificativamente, o direito à informação (art. 5º, XXX), o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), do ensino público (art. 206, VI), sem falar em inúmeras normas contidas na legislação ordinária prevendo também essa participação, como ocorre na Lei Geral de Telecomunicações, na Lei de Licitações e Contratos, na Lei de Processo Administrativo.

A idéia é reforçada com a introdução do § 3º ao artigo 37 da Constituição pela Emenda Constitucional 19/98, que prevê lei que discipline as formas de participação do usuário na administração direta e indireta.

Intimamente relacionada com a idéia de participação ocorreu a *processualização do Direito Administrativo*, especialmente com a exigência constitucional do devido processo legal, que exige, entre outras coisas, a observância de formalidades essenciais à proteção dos direitos individuais, como a ampla defesa, o contraditório, o direito de recorrer, a publicidade.

## 4.3 Alterações na idéia de discricionariedade

A discricionariedade pode ser definida como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.<sup>5</sup>

O conceito de discricionariedade não permaneceu estático no tempo. Sua evolução acompanhou a evolução do princípio da legalidade, conforme expusemos na obra citada. Quanto mais se amplia o conceito de legalidade, mais se reduz a discricionariedade administrativa.

No período do Estado Liberal de Direito, a legalidade somente se aplicava a uma esfera restrita de atuação administrativa, naquilo que dissesse respeito às restrições aos direitos individuais; em tudo mais, a Administração Pública era livre para agir; ela dispunha de ampla margem de discricionariedade. Nesse período, a legalidade significava a sujeição à lei editada pelo Parlamento, que era visto como o único ente que representa a vontade geral do povo.

Com o Estado Social de Direito, houve um fortalecimento do Poder Executivo, com a outorga de novas funções na área social e econômica e, paralelamente, com a atribuição de competência normativa, envolvendo a possibilidade de editar normas com força de lei (medidas provisórias, regulamentos autônomos, decretos-leis, leis delegadas ou outras modalidades). Conforme visto no item anterior, o princípio da legalidade ampliou-se para abranger as leis e os atos normativos baixados no âmbito do Poder Executivo. Além disso, passou a abranger toda a esfera de atuação da Administração Pública, dando origem ao postulado segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

Com o Estado Democrático de Direito, conforme assinalado, a legalidade passou a significar a sujeição ao Direito (lei, valores, princípios).

Além disso, verifica-se nova ampliação da função normativa, agora não do Poder Executivo, encarnado pelo Presidente da República, mas da Administração Pública, com a chamada função reguladora exercida pelas agências.

Hoje, pode-se dizer que existem duas tendências opostas, revelando mais um paradoxo do Direito Administrativo:

- a) de um lado, os neoliberais, sob inspiração do direito estrangeiro, propugnam pela ampliação da discricionariedade: a idéia de substituir a Administração burocrática pela Administração gerencial depende, em grande parte, do reconhecimento de maior liberdade decisória aos dirigentes; por isso se diz que o Direito Administrativo atrapalha as reformas, porque ele se apóia no princípio da legalidade, que exige lei para dar fundamento a decisões administrativas; o princípio da legalidade também “atrapalha” a função normativa das agências reguladoras;
- b) de outro lado, há a tendência também bastante forte dos chamados “conservadores”, calcada no direito positivo e na Constituição, que defende maiores limites à discricionariedade administrativa, exatamente pelo fato de que a sua atuação tem que ter fundamento na lei, mas também tem que observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou implicitamente pela Constituição. Hoje a discricionariedade é limitada por princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, segurança jurídica, sem mencionar os

valores inseridos nos artigos 1º a 4º da Constituição. A tal ponto vai a importância dos princípios, que a sua inobservância caracteriza ato de improbidade definido no artigo 11 da Lei n. 8.429, de 25.2.1993. São princípios e valores que devem ser observados pelo legislador e pela autoridade administrativa e que, em consequência, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, seja para decretar a inconstitucionalidade de leis, seja para declarar a nulidade de atos administrativos.

Essa mesma dualidade de tendências verifica-se com relação à chamada *discricionariedade técnica*: os da primeira corrente defendem a impossibilidade de apreciação judicial, exatamente por envolver aspecto técnico que compete à Administração Pública definir; os da segunda corrente defendem, com razão, a possibilidade de apreciação judicial, já que não se trata de verdadeira discricionariedade; se é técnica, pode levar a uma solução única com o auxílio de peritos. Onde não existe possibilidade de opção para a Administração Pública entre duas ou mais soluções válidas perante o direito, não se pode falar em discricionariedade. Em consequência, a apreciação judicial é sempre possível.

#### 4.4 Alterações no conceito de serviço público

O serviço público é uma das atividades administrativas do Estado, podendo ser definido como a atividade material, concreta, que a lei outorga ao Estado, para atender a necessidades coletivas, sob um regime jurídico total ou parcialmente público.

No conceito existem três elementos: a) o *subjetivo*, que corresponde à idéia de que o serviço público é atribuído, por lei, ao Estado; este decide sobre a forma de gestão, direta ou indireta, que vai adotar; b) o elemento *objetivo*, que corresponde à prestação de atividades que atende a necessidades coletivas; c) o *formal*, que diz respeito ao regime jurídico, que é total ou parcialmente público. É parcialmente público quando o serviço é prestado por pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos, parceiros privados), que se regem por normas semelhantes às das empresas privadas, mas que se submetem ao direito público no que diz respeito aos princípios, como os da universalidade, continuidade, isonomia entre usuários etc, bem como à responsabilidade civil (regida pelo artigo 37, § 6º, da Constituição) e ao regime jurídico aplicável aos bens afetados à prestação do serviço.

Segundo boa parte da doutrina, estaríamos passando por uma crise na noção de serviço público. Na realidade, o conceito não está sendo alterado; o que existe é uma pressão no sentido de diminuir o rol de serviços públicos ou mesmo acabar com esse tipo de atividade, especialmente quanto às de natureza econômica.

No seio da União Européia (como também no direito brasileiro, conforme artigo 170 da Constituição) adota-se como postulados da ordem econômica a liberdade de iniciativa e a livre competição. Em decorrência disso, a Corte de Justiça da União Européia entende que a idéia de que existam serviços públicos exclusivos do Estado é contrária à idéia de livre iniciativa; e a idéia de que serviços públicos possam ser prestados por empresas estatais contraria a livre concorrência.

Daí ter-se adotado e imposto aos países membros a substituição do conceito de serviço público por *serviço de interesse econômico geral*. A consequência foi a privatização de empresas estatais, a privatização de serviços públicos (não da forma de gestão, mas das atividades, que passaram a ser consideradas de natureza privada), com a devolução das mesmas à livre iniciativa, a liberação de preços etc.

No direito francês, onde nasceu e se desenvolveu o conceito de serviço público, houve séria oposição a essa mudança; porém, adotou-se o conceito de serviço de interesse econômico geral para as atividades econômicas exercidas pelo Estado, mas manteve-se o conceito de serviço público para as atividades sociais do Estado.

A consequência de privatizar uma atividade, colocando-a na livre iniciativa é que o particular não tem o *dever* de prestá-la; quando o direito francês elaborou o conceito de serviço público foi exatamente pela idéia de que somente o Estado tem o dever de assumir atividades essenciais, ainda que com prejuízo ou inteiramente às custas do dinheiro público. Além disso, sendo o serviço prestado pelo particular, como atividade privada, não se aplicam princípios como os da continuidade, universalidade, isonomia e outros inerentes à prestação de serviços públicos. Daí a Corte Européia ter retrocedido um pouco e passado a permitir, em determinadas atividades econômicas consideradas essenciais (como telecomunicações, energia elétrica e outras) a imposição de obrigações de serviço público.

No direito brasileiro, a doutrina adepta do neoliberalismo força a adoção das mesmas inovações, mas a dificuldade é grande porque é a própria Constituição que prevê expressamente a competência exclusiva do Estado para a execução de várias atividades, como ocorre no artigo 21, XI e XII.

O que vem ocorrendo é uma privatização parcial, feita pela legislação ordinária, ao arpejo da Constituição, como na legislação de telecomunicações, energia elétrica, correios, portos.

#### 4.5 Outra inovação: movimento de agencificação e introdução da atividade de regulação

Paralelamente à privatização de empresas estatais, surgiu o movimento já chamado de *agencificação*, com a criação de agências reguladoras com

a natureza de autarquias de regime especial, a que a lei atribui função de regulação. Segundo alguns, como Marçal Justen Filho, trata-se de mais uma função administrativa, ao lado das quatro tradicionais: serviço público, polícia administrativa, fomento e intervenção.

Aqui se nota a influência do sistema da *common law*.

Nos Estados Unidos, a Administração Pública é composta por *agências* com função *quase legislativa* e *quase judicial*. E o Direito Administrativo é o conjunto de normas postas pelas *agências*.

A função é *quase legislativa* porque as *agências* recebem, por lei, quando criadas, o poder de baixar normas com força obrigatória. Mas a função é *quase* legislativa, porque as normas das *agências* estão colocadas abaixo das leis na escala hierárquica, podendo ser invalidadas por decisão judicial, quando contrariem as leis, seja por infringência dos *standards*, princípios, diretrizes contidos na lei (princípio do devido processo legal substantivo), seja por inobservância do processo de elaboração das normas, em que a participação do cidadão constitui exigência obrigatória em várias fases.

Função *quase judicial*, porque as *agências* resolvem conflitos entre prestadores de serviço em ter ou com os usuários. E suas decisões são passíveis de apreciação judicial.

Conforme mencionada no item 2, a justificativa para a delegação de função normativa às *agências* baseou-se em verdadeiro tripé construído pela Corte Suprema:

- a) a lei delega essa função à *agência*, mas o faz limitadamente, na medida em que os regulamentos por elas baixados devem obediência aos conceitos indeterminados contidos na lei; quer dizer que se adotou o sistema da chamada lei-quadro; os regulamentos baixados pelas *agências* são obrigatórios, têm força de lei e podem inovar na ordem jurídica; mas têm que sujeitar-se aos *standards* contidos na lei; daí falar-se em função quase-legislativa;
- b) para dar legitimidade a essa função, instituiu-se um procedimento a ser obrigatoriamente observado, seja nas decisões dos casos concretos, seja na elaboração dos regulamentos; e esse procedimento exige obrigatoriamente a participação dos interessados, em maior ou menor escala, nas várias fases de elaboração da norma, com obrigatoriedade de divulgação dos projetos, realização de audiências públicas, recebimento de sugestões, obrigatoriedade de motivação quanto à aceitação ou não dessas sugestões, obrigatoriedade de motivação quanto à aceitação ou não dessas sugestões pela *agência*; vale dizer, impôs-se o devido processo legal, em sua feição adjetiva, para elaboração dos regulamentos pelas *agências*;

- c) para aperfeiçoar o controle judicial, construiu-se a doutrina do *devido processo legal substantivo*, que permite ao Judiciário examinar, além da observância do procedimento pela agência, também a razoabilidade de suas decisões diante dos conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei; quer dizer que a evolução do princípio do devido processo legal deu-se no sentido de tornar cada vez mais rigoroso o formalismo do procedimento, com exigências feitas pela Corte Suprema quanto à motivação, à racionalidade das decisões diante dos dados colhidos pelas agências, a relação custo-benefício das medidas e normas adotadas.

Mesmo no direito europeu, onde se adota o nome de *autoridades administrativas independentes*, ao invés de agências (França, Itália, Portugal, Espanha), também se fala de um *direito negociado* como nova forma de regulação jurídica. Ao lado do direito posto pelo Estado (que continua como principal fonte de produção do direito), surge outra forma de regulação, que resulta do consenso dos interessados. E esse direito negociado passa a integrar o ordenamento jurídico, dentro da hierarquia das normas.

No direito brasileiro, o modelo norte-americano construído pelo Judiciário enfrenta algumas dificuldades. A delegação legislativa não encontra fundamento na Constituição, a não ser nas hipóteses expressamente previstas. A participação ou não é prevista para o processo de elaboração de normas pelas agências ou é prevista sem caráter de obrigatoriedade, o que retira grande parte da legitimidade democrática da atuação das agências. E o princípio do devido processo legal em sua feição substantiva é de aplicação recente e muito restrita no direito brasileiro, sem falar nas restrições impostas pelo Supremo Tribunal Federal ao cabimento das ações diretas de inconstitucionalidade contra atos normativos da Administração Pública.

De qualquer forma, as agências vêm sendo instituídas em grande quantidade e vêm exercendo função reguladora, o que abrange competência normativa (limitada pelo princípio da legalidade), polícia administrativa, resolução de conflitos, embora sem força de coisa julgada.

Essa função normativa das agências reguladoras não constitui propriamente novidade no direito brasileiro, porque desde longa data existem autarquias de regime especial no direito brasileiro, como existem órgãos e entidades autárquicas com esse tipo de função.

#### 4.6 Adoção do princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade, embora bem anterior à nova concepção de Estado de Direito Democrático, assume agora importância fundamental na definição do Estado. Ele foi formulado em fins do século XIX e começo do século XX, dentro da Doutrina Social da Igreja, principalmente pelas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno*

(1931), do Papa Pio XI, *Mater et Magistra* (1961), de João XXXIII, e, mais recentemente, a *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II.

Dois idéias fundamentais são inerentes ao princípio: de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em conseqüência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos.

Esse princípio foi adotado na Constituição de 1967 com a regra de que o Estado somente deve exercer atividade econômica para subsidiar a iniciativa privada quando ela seja deficiente. Na Constituição atual, contém-se, em termos um pouco diversos, no artigo 173, *caput*, em que está determinado que a atividade econômica só deve ser exercida pelo Estado por motivo de segurança ou interesse coletivo relevante, conforme definido em lei. Embora previsto apenas com relação às atividades econômicas, o princípio vem sendo aplicado com relação aos serviços sociais não exclusivos do Estado.

Da aplicação desse princípio resultam algumas conseqüências: a) a privatização de empresas estatais, para que as atividades assumidas pelo Estado sejam devolvidas à iniciativa privada; b) a ampliação da atividade de fomento, seja na área econômica, seja na área social, com o ressurgimento de fórmulas não tão novas, como a concessão de serviços públicos (agora sob nova versão – concessão patrocinada, como uma das formas de parceria público-privada instituída na Lei n. 11.079/2004), o surgimento de novas formas de parceria com a iniciativa privada, como os contratos de gestão com as organizações sociais, os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP); como conseqüência, há um crescimento considerável do chamado *terceiro setor*, que abrange entidades que ficam a meio caminho entre o público e o privado, por desempenharem atividades de interesse público, muitas delas com incentivos do Estado; nova concepção do interesse público, já que a sua tutela deixa de ser vista como de titularidade do Estado, para ser assumida também pelo particular; diminuição do aparelhamento administrativo do Estado, como conseqüência da diminuição de suas atividades.

#### 4.7 Fuga do Direito Administrativo

Uma das tendências que se nota atualmente, com relação a inúmeros institutos tradicionais do Direito Administrativo, é a de caminhar para uma privatização do próprio regime jurídico a que se submete a

Administração Pública, para escapar às normas sobre licitação, contrato administrativo, concurso público e outras normas constitucionais sobre servidores públicos, controles formais, regras sobre orçamento e contabilidade pública.

Evidentemente, a fuga do Direito Administrativo não pode e não será total. Em primeiro lugar, porque os próprios instrumentos utilizados pela Administração Pública para transferir a gestão de serviços públicos aos particulares são regidos pelo Direito Administrativo, como ocorre com os contratos de concessão, com os contratos de gestão, com os convênios, com os termos de parceria, tendo de sujeitar-se aos controles da Administração Pública, inclusive do Tribunal de Contas. Em segundo lugar, porque o regime jurídico a que se submete o particular que exerce atividade estatal é híbrido: se é verdade que a entidade atua sob o regime do direito privado, não é menos verdade que são de direito público as normas sobre os bens utilizados na prestação dos serviços, sobre responsabilidade civil perante os usuários, sobre os princípios aplicáveis à prestação do serviço, sobre os poderes exercidos pelo poder público, sobre as prerrogativas públicas outorgadas ao particular. No caso das atividades sujeitas a regulação por agências reguladoras, as normas postas pelas mesmas compõem um Direito Administrativo de natureza talvez um pouco diversa (pela origem do órgão de que emanam) e que imprimem menos segurança jurídica (porque não sujeitas a qualquer processo de elaboração normativa, seja para sua formulação, seja para sua alteração e revogação) e com a desvantagem de serem baixadas sem a observância do princípio democrático presente no processo previsto constitucionalmente para o Poder Legislativo

Na realidade, a Administração Pública nunca deixou de aplicar o Direito Privado em inúmeras hipóteses. No direito brasileiro, por exemplo, ela celebra contratos de direito, cria empresas sujeitas ao regime das empresas privadas, contrata servidores sob regime da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Por isso mesmo, muitos autores, desde longa data, falam na existência de um *Direito Administrativo em sentido amplo*, que abrange o regime jurídico de direito público e o direito privado a que se submete a Administração Pública; e em *Direito Administrativo em sentido estrito*, correspondente a um regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, com restrições e prerrogativas destinadas a garantir, de um lado, a autoridade do poder público e, de outro, respeitar os direitos dos cidadãos.

Por mais que se idealize a fuga do Direito Administrativo, ela nunca poderá ser integral, porque, mesmo quando se socorre de institutos do direito privado, tais normas são parcialmente derogadas pelo direito público.

## 5 CONCLUSÕES

Pelo exposto, constata-se que todo o Direito Administrativo brasileiro, desde as suas origens, esteve sob influência do direito estrangeiro, ora do sistema de base romanística, liderado pelo direito francês, ora do sistema da *common law*, este último de forma menos nítida.

Mais recentemente, pode-se afirmar que praticamente todas as inovações do Direito Administrativo brasileiro vêm sendo feitas sob influência principal do sistema da *common law* e do direito comunitário europeu (o que é curioso pelo fato do Brasil não fazer parte da União Européia).

Em resumo, o Direito Administrativo brasileiro, no momento atual, apresenta as seguintes tendências:

- a) alargamento do princípio da legalidade, pela adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, trazendo como conseqüência a maior limitação à discricionariedade administrativa (em decorrência da submissão da Administração Pública a princípios e valores) e a ampliação do controle judicial;
- b) paralelamente, desprestígio do princípio da legalidade e da Constituição, próprio dos países que positivaram o Direito Administrativo, colocando os seus fundamentos na Constituição;
- c) pressão no sentido de ampliar a discricionariedade administrativa, fazendo, inclusive, ressuscitar a idéia de discricionariedade técnica, para reduzir o controle judicial sobre atos da Administração;
- d) democracia participativa, com a previsão de inúmeros instrumentos de participação do cidadão no controle e na gestão de atividades da Administração Pública, o que nem sempre é efetivado na prática;
- e) processualização da atividade administrativa, especialmente em decorrência da previsão constitucional do princípio do devido processo legal e da exigência do direito de defesa, contraditório e recursos administrativos para os processos administrativos;
- f) instauração da chamada Administração Pública Gerencial, que envolve: maior discricionariedade para as autoridades administrativas, substituição do controle formal pelo controle de resultados, autonomia administrativa, financeira e orçamentária; o principal instrumento seria o contrato de gestão, que não tem tido o alcance pretendido pelos idealizadores da reforma administrativa, pela falta de promulgação da lei prevista no artigo 37, § 8º, da Constituição;

- g) “crise na noção de serviço público”, pela tendência de transformar serviços públicos exclusivos do Estado em atividades privadas abertas à livre iniciativa;
- h) movimento de agencificação, com a outorga de função regulatória às agências reguladoras instituídas como autarquias de regime especial;
- i) aplicação do princípio da subsidiariedade, com as seguintes consequências: privatização de empresas estatais, privatização de atividades antes consideradas serviços públicos, ampliação da atividade de fomento, ampliação das formas de parceria do setor público com o setor privado, crescimento do terceiro setor;
- j) “fuga do Direito Administrativo”, tendência que não tem como concretizar-se com a extensão que se possa pretender, tendo em vista que o direito privado, quando utilizado pela Administração Pública, é sempre derogado parcialmente por normas de direito público, muitas delas com fundamento constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. In: *Cadernos de Direito e Cidadania II*. Instituto de Estudos de Direito e Cidadania, São Paulo: Artchip, 2000, p.39-69.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 17-65.

PONDÉ, Lafayette. \_\_\_\_\_. *Revista de Direito Administrativo*, n. 178, p. 24-37.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

<sup>1</sup> VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964, p. 65.

<sup>2</sup> VEDEL, *op. cit.*, p. 57.

<sup>3</sup> *Idem, ibidem.*, p. 48.

<sup>4</sup> In RDA 178, p. 24-37.

<sup>5</sup> DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. In: *Cadernos de Direito e Cidadania II*. Instituto de Estudos de Direito e Cidadania, São Paulo: Artchip, 2000, p. 67.

## INNOVATIONS IN BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW

### ABSTRACT

The origin of Administrative Law. Administrative Law in France. Administrative Law and the Common Law. Principles of Administrative Law. Innovations in Administrative Law and the influence of foreign law. Administrative Law and the Legality Principle. Popular Participation. Changes in the idea of discretion. Changes in the notion of civil service. Agencies and the introduction of regulation. The principle of subsidiarity and Administrative Law . Getaway from Administrative Law.

### KEYWORDS

Administrative Law. Brazil. France. Common Law. Innovations. Foreign Law.

## INNOVATIONS DANS LE DROIT ADMINISTRATIF BRÉSILIEN

### RÉSUMÉ

Origine du Droit Administratif. Le Droit Administratif en France: paradoxes. Le Droit Administratif et le système de common law. Bases du Droit Administratif brésilien. Innovations dans le Droit Administratif et les influences du droit étranger. Principe de légalité et du Droit Administratif. Participation populaire. Modifications dans l'idée de discriconnairété. Modifications dans le concept d'intérêt public. Mouvement d'«agencificação » et introduction de l'activité de règlement. Principe de subsidiarité et Droit Administratif. Évasion du Droit Administratif.

### MOTS-CLÉS

Droit Administratif. Brésil. France. *Common law*. Innovations. Droit étranger.

# EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

*Nestor Eduardo Araruna Santiago\**

## RESUMO

Abordagem sobre a extinção da punibilidade nos crimes tributários. Sonegação fiscal. Breve histórico da legislação que cuida da extinção da punibilidade nos crimes tributários. Atual tratamento do tema no Brasil em razão do Programa de Recuperação Fiscal de Créditos Tributários (REFIS II ou PAES). Utilitarismo penal. Parcelamento do débito e extinção da punibilidade. Suspensão do prazo prescricional e da ação penal. Princípio da isonomia e extinção da punibilidade em razão do agente (pessoa física e pessoa jurídica) e do crime praticado (descaminho e sonegação de contribuição previdenciária). Extinção da punibilidade e devido processo legal. Juizados especiais criminais e extinção da punibilidade nos crimes tributários.

## PALAVRAS-CHAVE

Extinção da punibilidade. Crimes tributários. Pagamento. Parcelamento. Isonomia. Utilitarismo penal.

O Código Penal pátrio prevê, em seu art. 107, diversas causas de extinção da punibilidade; entretanto, tal numeração não é exaustiva, aparcendo, de forma eventual, na parte especial do mesmo Código.

A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes tributários não é assunto novo. A primeira legislação que trata dos referidos crimes, que é a Lei n. 4.729/65, previu norma extintiva da punibilidade pelo pagamento no art. 2º: “Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria”. Essa regra foi modificada parcialmente em 1967, com a edição do Decreto-Lei n. 157, que em seu art. 18 possibilitou a extinção da punibilidade pelo pagamento feito logo após o julgamento da autoridade administrativa de primeira instância, determinando ao contribuinte, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa no processo administrativo-fiscal.

---

\* Doutor em Direito Tributário (FD/UFGM). Mestre e Especialista em Ciências Penais (FD/UFGM). Professor de Graduação e Pós-Graduação. Professor 40 horas do Curso de Direito da Faculdade Christus (Fortaleza-CE). Advogado criminalista. (e-mail: nestorsantiago@bol.com.br)

Por muitos anos prevaleceu a regra acima exposta, até que a Lei n. 8.137/90, em seu art. 14, previu: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

Por sua vez, a Lei n. 8.383/91 revogou expressamente o art. 14 da Lei n. 8.137/90 e, assim, até a promulgação da Lei n. 9.249/95, não havia possibilidade de extinção da punibilidade de crimes tributários pelo pagamento de tributo, devendo o agente se socorrer do instituto disposto no art. 16 do Código Penal, que é o arrependimento posterior, como causa de diminuição de pena, ou do art. 65, III, “b”, também do Código Penal, que prevê o ressarcimento do dano como atenuante genérica.<sup>1</sup>

A Lei n. 8.383/91 previu, em seu art. 34: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

A Lei n. 9.964/00, que criou o Programa de Recuperação Fiscal de créditos tributários do Governo Federal, conhecido como “novo REFIS”, “REFIS II” ou “PAES”, previu, no art. 15, a extinção da punibilidade dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 “quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal”. Criou, ainda, os crimes de apropriação indébita de contribuição previdenciária, em substituição ao art. 95 da Lei n. 8.212/91, e o de sonegação de contribuição previdenciária, prevendo, em ambos os crimes, a possibilidade de extinção da punibilidade. No caso da apropriação indébita, estaria extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declarasse, confessasse e efetuasse o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e prestasse as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. No caso da sonegação previdenciária, estaria extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declarasse e confessasse as contribuições, importâncias ou valores e prestasse as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

A nova Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003, traz à lume considerações sobre os institutos do pagamento e do parcelamento nos crimes contra a ordem tributária. Não é essa a sua função primordial, vez que foi editada para os fins do PAES. O seu art. 9º faz menção expressa à extinção da punibilidade nos crimes tributários:

Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro

de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1.º. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2.º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

A primeira das inovações trazidas é a possibilidade do pagamento ou do parcelamento do crédito tributário e conseqüente extinção de punibilidade *em qualquer momento da ação penal*, e não somente até o recebimento da denúncia, o que traz regra benéfica para os crimes tributários identificados no *caput*, devendo, dessa forma, retroagir, em atenção ao disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal e do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. Aliás, o fato de a denúncia ter sido erigida como momento máximo processual para extinção da punibilidade não encontra apoio em nenhuma regra científica, não passando de mero critério legislativo. Nesse sentido já se decidiu:

*Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias – Pagamento após o recebimento da denúncia – Superveniência de diploma legal mais favorável ao réu – Art. 9º da Lei n. 10.684/2003 – Extinção da punibilidade.*

Tratando-se de superveniência de diploma legal mais favorável ao réu (*novatio legis in melius*), pois a antiga legislação não previa a extinção da punibilidade se o pagamento ocorresse após o recebimento da denúncia, deve-se entender-lhe tal benefício, em observância ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

O Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito da extinção da punibilidade com base na *lex mitior*:

Ação penal. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. *Habeas corpus* concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei Federal 10.684/2003, c/c art. 5º, XL, da CF e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia extingue a punibilidade do crime tributário.

Outra inovação refere-se ao parcelamento do crédito tributário, colocando ponto final na celeuma doutrinária e jurisprudencial referente ao ca-

ráter extintivo ou não da punibilidade pelo deferimento do pedido de parcelamento. A disciplina legal é clara: havendo inclusão no regime de parcelamento, suspende-se a pretensão punitiva estatal, e durante o período de suspensão da pretensão punitiva suspende-se também a prescrição criminal, mantendo-se a coerência do ordenamento jurídico e evitando casos de impunidade, como no exemplo em que o cidadão adere ao REFIS, paga a primeira parcela e permanece inadimplente com relação às demais. Nesse caso, a ação penal retoma seu curso.

Também do Tribunal Federal da 4ª Região provém decisão nesse sentido:

*Direito Penal – Crime contra a ordem tributária – Lei 8.137/90 – Art. 1º – Parcelamento do débito em data posterior ao advento do REFIS – Art. 34 da Lei 9.249/95 – Extinção da pretensão punitiva – Interpretação sistemática das leis penais que regulam a matéria – Cumprimento integral do acordo – Decisão mantida.*

1. O entendimento jurisprudencial majoritário no sentido de que o mero parcelamento do débito tributário autoriza a aplicação do benefício previsto no art. 34 da Lei n. 9.249/95 não merece mais prevalecer.

2. Após a edição da Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000, instituindo o REFIS, além da recente Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003, estabelecendo a replantação do aludido Programa, revela-se cristalina a intenção do legislador de somente extinguir a punibilidade dos crimes tributários com o pagamento integral do débito, e não com o simples parcelamento que enseja apenas a suspensão do processo bem como da prescrição.

3. *Entendimento contrário significa prestigiar a impunidade, estimulando comportamento irresponsável do devedor que, frente à orientação dos Tribunais, pode aderir ao parcelamento e, logo em seguida, interromper o adimplemento das prestações, visando unicamente evitar os efeitos da ação penal.*

4. *O Magistrado, no exercício do seu mister, deve sopesar os efeitos jurídicos e sociais de sua decisão. Impõe-se, numa visão conjunta do sistema legal, evitar o esvaziamento do conteúdo das regras, sendo indispensável perscrutar a verdadeira mens legis, adequando o caso concreto ao conteúdo e espírito da norma.*

5. Na espécie, concedido o parcelamento antes da denúncia, porém quitado integralmente *a posteriori*, fica mantida, por fundamento diverso, a decisão extintiva da punibilidade.

Assim, cai por terra a tese esposada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça de que o parcelamento seria equivalente a uma novação de dívida, e, portanto, a pagamento. Segundo o STJ, se houvesse inadimplência do parcelamento, a dívida seria cobrada na forma da Lei de

Execução Fiscal, uma vez extinta a punibilidade pelo “pagamento” equiparado ao parcelamento.

O que parece injustificável é que tais efeitos acima descritos somente serão estendidos ao agente que tenha alguma relação com pessoa jurídica. A pessoa física, que também pode aderir ao REFIS (art. 1º, § 3º, III), mesmo se tiver cometido um dos crimes tributários relacionados no *caput* do artigo, não poderá beneficiar-se da suspensão da pretensão punitiva, da suspensão da prescrição penal e nem do pagamento em qualquer momento da ação penal, submetendo-se à disciplina mais rigorosa do art. 34 da Lei n. 9.249/95, o que é de todo inadmissível, por ser violador do princípio da retroatividade da *lex mitior* penal, consagrado na Constituição Federal (CF).

Não fosse o bastante, tal raciocínio é lesivo ao princípio da isonomia (art. 5º, II, CF; art. 150, II, CF) e, por conseqüência, do devido processo legal penal tributário, o que leva a crer que a expressão “pessoa jurídica relacionada com o agente” disse menos do que deveria dizer, cabendo, *in casu*, o uso da interpretação extensiva para alcançar também as pessoas físicas que tenham cometido os crimes tributários previstos no *caput* do artigo ora em comento.

Outro argumento referente à aplicação do princípio da isonomia diz respeito ao pagamento como forma extintiva da punibilidade, que não se aplica somente àqueles que se encontram vinculados ao Programa de Recuperação Fiscal. Ou seja, qualquer agente incluído ou não no programa de parcelamento de créditos tributários do Governo pode se beneficiar da regra exposta no § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/03.

É cabível também comentário sobre o rol dos crimes tributários previstos no *caput* do art. 9º da Lei n. 10.684/03. Utilizando o mesmo argumento acima, isto é, com base no princípio da isonomia como corolário do *due process of law*, torna-se inadmissível, sob qualquer hipótese, a omissão com relação ao crime de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal, e o crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no art. 337A do mesmo *codex*.<sup>5</sup>

É injustificável, do ponto de vista do *due process of law*, que, cometido crime de descaminho e pago o tributo devido ou haja o perdimento do bem em favor da União, não seja extinta a punibilidade, ao passo que se o pagamento do tributo for referente a algum daqueles crimes previstos no *caput* do art. 9º da Lei n. 10.684/03 a punibilidade será extinta.

Não há razões, nem legais nem lógicas, que sustentem tamanha diferenciação processual em relação a casos rigorosamente iguais, tendo em vista a equivalência dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais supracitadas, em prejuízo do devido processo legal penal tributário.

Ademais, o fato de a norma contida no art. 334 do Código Penal ser de natureza extrafiscal não significa que ela deixe de ter natureza fiscal. Afirmar que o bem jurídico tutelado na norma em comento é muito mais amplo

é negar a arrecadação tributária que foi violada pela prática do crime de descaminho. Logicamente, o bem jurídico tutelado é mais amplo, mas, igualmente, resguardam-se interesses da Administração Pública. O sistema é único e como tal deve permanecer.<sup>6</sup>

Nesse sentido pronuncia Andrei Zenkner Schmidt:

Algumas decisões partem da idéia inicial no sentido de que a dualidade de bens jurídicos impediria o uso da analogia. No entanto, só esta circunstância não pode obstar a supressão da lacuna legislativa, até mesmo porque o *sistema tributário*, de uma forma ou de outra, está implicitamente contido nos crimes praticados contra a *administração pública*. Prova disso é que o art. 337-A, do CPB, também está inserido no capítulo dos crimes contra a administração pública, embora trate-se de crime de sonegação fiscal de contribuições previdenciárias.

[...] O argumento da diferença entre os bens jurídicos protegidos não é decisivo, quanto mais não seja em se tratando, ultimamente, da completa falta de técnica legislativa em matéria penal. [...]

Conseqüentemente, se também o crime de descaminho tutela, de uma maneira geral, o *sistema tributário nacional* (Cap. I do Título VI, da CRFB/88), forçoso é concluir-se no sentido da possibilidade de aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/95, como forma de restabelecer-se a unidade de ilicitudes do nosso sistema jurídico-penal.

Vale também citar as palavras de Alberto Nogueira:

*A ausência de uma política criminal adequada e as constantes 'brechas' legislativas permitiram, de um lado, a impunidade do sonegador afortunado e, do outro, a multiplicação indiscriminada e inconseqüente de milhares de processos penais abertos contra os integrantes da chamada 'economia informal': donas de casa, ambulantes, free lancers de toda sorte, por infração ao art. 334 do Código Penal brasileiro, em suas modalidades própria e equiparadas.*

Enquanto a polícia se envolve a fundo na repressão a práticas como as acima referidas, de duvidoso enquadramento legal e, com certeza, de resultados inexpressivos do ponto de vista econômico, social, fiscal e da própria repressão, o verdadeiro sonegador mantém-se, quase sempre, incólume, ou, se por acaso for colhido pela malha policial, terá meios de defesa eficazes para prosseguir na atividade delitativa, escapando, de alguma forma, da efetiva punição, favorecendo-se com a diluição do poder repressivo.

De acordo com a norma, o agente de crime contra a ordem tributária, desde que pague corretamente o que deve a qualquer momento do processo

penal tributário, obtém a extinção da punibilidade. Mas é bom lembrar que a extinção da punibilidade impede o julgamento do mérito da demanda, e, no caso de pagamento, integral ou parcelado, quer parecer perante a sociedade que ele assume a responsabilidade criminal, produzindo prova contra si mesmo, abrindo mão de discutir sua culpabilidade. Sabe-se, contudo, que somente pode se dizer que alguém é culpado após regular processo, garantido pelo devido processo legal.

Parece óbvio, pela simples leitura do texto legal, que toda vez que o autor praticar crime contra a ordem tributária o pagamento resolve a sua situação, atendendo à arrecadação. Essa é a opção expressa do legislador, com a qual não se pode concordar, por ser extremamente nefasta e benéfica a certos criminosos, como se pode ver da manifestação de Alberto Nogueira, acima transcrita. Realmente, beneficiam-se os verdadeiros sonegadores com a extinção da punibilidade do tributo, enquanto aqueles que lutam para sobreviver praticando atividades de descaminho necessitam de reconhecimento do princípio da adequação social para se verem livres da punição.

Denari faz interessante estudo sobre a extinção da punibilidade e seus aspectos temporais. Segundo ele, a extinção da punibilidade soa como uma “chantagem fiscal”: pagando o tributo, o contribuinte fica livre da cadeia. Para ele, não há coerência dessa norma com o princípio da moralidade administrativa, um dos pilares da atividade estatal. Seguindo seu raciocínio, se o legislador instituiu a extinção da punibilidade, é porque ele considera o pagamento do tributo e das penalidades sanções mais do que suficientes para a reparação da lesão causada. Entretanto, há que se observar que o seu raciocínio padece de uma falha grave: tributo não é sanção de ato ilícito, conforme disposto no art. 3º do Código Tributário Nacional.<sup>9</sup>

Para Gomes, o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia é um fator criminógeno, pois o sonegador computa, na sua relação custo-benefício, o risco de sonegar, ser apanhado e pagar o que deve, saindo ileso: importa mais arrecadar que punir penalmente o autor do crime. É o utilitarismo levado às últimas conseqüências. A lei nova inovou para piorar o quadro, pois agora o pagamento poderá ser feito a qualquer momento do processo, ficando mais evidente ainda o caráter arrecadatório da norma.<sup>10</sup>

Eisele manifesta-se contrariamente ao uso da extinção da punibilidade nos crimes tributários, apontando dois efeitos prejudiciais ao sistema, sem mencionar a ilegitimidade de sua constituição:

O primeiro deles consiste na afetação da eficácia da finalidade protetora de bens jurídicos conferida à norma penal, pois a perspectiva da possibilidade de posterior elisão dos efeitos penais do fato pela reparação do dano diminui o efeito intimidatório esperado da norma penal.

O outro decorre da criação de uma regra excepcional para uma espécie delitiva, afetando o princípio da igualdade, conforme salientou Streck.

Portanto, a existência de causas extintivas da punibilidade referentes aos crimes contra a ordem tributária, divergentes da hipótese de exclusão das sanções administrativas disciplinadas na legislação tributária (art. 138 do CTN), caracteriza um uso funcional do Direito Penal, diminui a eficácia preventivo-geral do seu caráter protetor de bens jurídicos, e cria desigualdade entre os indivíduos.<sup>11</sup>

Schmidt faz um balanço comparativo de argumentos contra e a favor da extinção da punibilidade. Reconhece o autor que a regra da extinção da punibilidade confere tratamento discriminatório e atentador ao princípio da isonomia. Mas esclarece, de plano, que a declaração de inconstitucionalidade do art. 34 da Lei n. 9.249/95 não resolve o problema, pois lembra que “toda política criminal brasileira que esteja estruturada pela redução da intervenção penal é, em certa medida, legítima perante o ordenamento jurídico constitucional”. E continua:

O limite deste reducionismo seria a tutela penal dos direitos de liberdade mais essenciais, e isso por uma razão bem simples: não é função do Direito Penal proteger, com sua intervenção, os direitos sociais, pois a sua eficácia é incompatível com esta necessária prestatividade; o máximo que o Direito Penal pode é, pela sua não-intervenção em algumas hipóteses, diminuir as disparidades sociais. Ou será que a proibição penal, o processo penal ou o cárcere são as melhores saídas para o Estado tutelar a educação, o trabalho, a saúde etc? A resposta (salvo, talvez, para kantianos ou hegelianos), é por demais óbvia.<sup>12</sup>

O autor lembra que a melhor forma de evitar a sonegação fiscal é a fiscalização mais presente e eficiente. Sanções mais efetivas e eficazes também afastariam a aplicação do Direito Penal às infrações tributárias. Realmente, o Direito Penal não pode ser panacéia para todos os males, sob pena de se enfraquecer e de se desmoralizar como instrumento repressor do Estado para combater práticas desviantes. A realização do princípio da intervenção mínima do Direito Penal (*ultima ratio*) fica relegada a segundo plano.

Assim, o ideal seria que o Direito Penal sequer adentrasse nesta zona do ilícito fiscal, relegando-se à fiscalização tributária a tarefa de prevenir a evasão tributária. Contudo, enquanto esta meta de política criminal externa não seja cumprida – e que, ao que tudo indica, também não o será futuramente –, nada impede que se instituam mecanismos limitadores da intervenção penal em nome da solvibilidade perante o Fisco lesado. Sob este prisma é que se encontraria justificada, portanto, a possibilidade de o pagamento do tributo extinguir a punibilidade do delito fiscal.<sup>13</sup>

É prudente não olvidar que se o Direito Penal cuidou das condutas de evasão fiscal, é necessário o suporte dado pelo devido processo legal penal tributário, como forma de garantia do acusado e da preservação integral do texto constitucional.

Pinho, por sua vez, mostra-se flagrantemente contrário à adoção do temível expediente da declaração da extinção da punibilidade mediante o pagamento do tributo. O Direito Penal não pode ser utilizado como forma de coação para pagamento de créditos tributários. Ademais,

é urgente e vital que os 'parlamentares' não apenas extirpem do ordenamento normas que beneficiem os sonegadores antes do recebimento da denúncia, represtinem esse privilégio ou criem outros para natureza de crimes similares, uma vez que frente a uma filtragem hermenêutico-constitucional se caracterizam por versar em odiosa discriminação para com os demais delitos previstos no ordenamento, em antinomia com a referida norma,<sup>14</sup> inclusive com o disposto no art. 16 do Código Penal brasileiro.

Na Argentina, há também regra de extinção da punibilidade. A Lei Federal n. 23.771, em seu art. 14, diz o seguinte:

Art. 14. Cuando por la pena requerida por la acusación fiscal sea aplicable la condena de ejecución condicional o cuando con anterioridad a la acusación se estimare que resumiblemente en caso de la condena corresponderá la condena de ejecución condicional y el infractor acepte la pretensión fiscal o previsional, por única vez el tribunal actuante, previa vista al fiscal y al querellante, o, en su caso, damnificada, y una vez efectivizado el cumplimiento de las obligaciones, declarará extinguida la acción penal.

Assim, cometido o crime de sonegação fiscal, o sentenciado ficará sujeito ao benefício da execução condicional da pena, ou suspensão condicional da pena. O Código Penal argentino dá as medidas para a aplicação do benefício: primeiro, verifica se o sentenciado já fora condenado anteriormente; segundo, limita a aplicação somente em caso de condenação a pena privativa de liberdade. Mas, para tanto, é necessário que o agente tenha pago toda a dívida. E o mais importante, e que também poderia ser aplicado ao processo penal tributário: a extinção da ação penal somente poderia ser aplicada uma única vez. Tal atitude legitimaria a aplicação da lei penal às infrações tributárias.

Da forma como está hoje, é absolutamente inadmissível que o Direito Penal seja utilizado como meio coercitivo de cobranças de créditos tributários. O utilitarismo é gritante e desavergonhado, fazendo pouco do Direito Penal. Assim, é necessário que se racionalize o uso da extinção da punibilidade

pelo pagamento nos crimes tributários, a fim de que o sonegador não escarneje do Direito Penal e do Poder Judiciário.

Por fim, outro aspecto da questão que merece abordagem, ainda que breve, refere-se à extinção da punibilidade e à possibilidade de inclusão dos crimes contra a ordem tributária na competência dos Juizados Especiais Criminais, estabelecidas pela Lei n. 9.099/95, no âmbito estadual, e pela Lei n. 10.259, de 12/7/2001, no âmbito federal.

Interessante notar que, no atual contexto legislativo da extinção da punibilidade nos crimes tributários, fica completamente afastada a possibilidade de aplicação das normas previstas nas referidas leis acima citadas.

Isso porque a regra da extinção da punibilidade é muito mais vantajosa do que a submissão do acusado à transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95), já que, uma vez pago o tributo, extingue-se a punibilidade, enquanto nos crimes sujeitos às regras do Juizado Especial Criminal, além da obrigatória reparação do dano (art. 74 da Lei n. 9.099/95), ficará o autor sujeito à aplicação de uma pena não privativa de liberdade (art. 76), desde que não tenha sido anteriormente beneficiado por semelhante medida, no prazo de cinco anos anteriores ao momento da propositura da transação, e que as circunstâncias pessoais do art. 59 do Código Penal lhe sejam inteiramente favoráveis.

Em outras palavras: o caráter utilitário da norma exposta no § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/03 é muito mais benéfico ao agente do que o submeter a uma pena, ainda que não privativa de liberdade. O agente em sã consciência de seus atos preferirá pagar integralmente o valor devido ou parcelá-lo, obtendo a extinção da punibilidade, a se sujeitar ao procedimento da transação penal. Claro que se fala somente dos crimes cujo máximo da pena cominada não seja superior a dois anos; mas, mesmo assim, a desvantagem é evidente. E vale lembrar que, tratando de crimes tributários, somente as condutas previstas no art. 2º da Lei n. 8.137/90 seriam, em tese, alcançadas pela Lei dos Juizados Especiais no que se refere à transação.<sup>15</sup>

Relativamente aos demais crimes tributários cujas penas mínimas cominadas não sejam superiores a um ano, é cabível, em tese, o instituto da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da mesma Lei dos Juizados Especiais Criminais. Uma vez aplicado, o processo fica suspenso por um período que pode variar entre dois e quatro anos, findos os quais, cumpridas as condições previstas em lei e determinadas pelo juiz, extingue-se a punibilidade do agente. Nessa situação enquadram-se os crimes tributários previstos nos arts. 168A, 334 e 337A do Código Penal.

Mais uma vez vale salientar que é desvantajoso para o agente de crime tributário a aplicação dessa regra, pois se torna necessária a reparação do dano e a imposição de condições durante o período acima referido, o que, de certa forma, é uma medida restritiva da liberdade do cidadão. Portanto, em

conclusão, exsurge a extinção da punibilidade como instrumento eficiente de arrecadação tributária, evidenciando, neste particular, a função utilitarista do Direito Penal, o que se procura há muito tempo evitar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando e descaminho*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992.

DENARI, Zelmo. Crimes contra a ordem tributária. Extinção da punibilidade. Aspectos temporais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, p. 86-87, maio 1987.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Dialética, 2002.

ESTELLITA, Heloísa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei n. 10.684/03. *Boletim do IBCCrim*, n. 130, p. 2-3, set. 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Crimes tributários e previdenciários: para STJ o parcelamento do débito extingue a punibilidade do sonegador. *Síntese Jornal*, n. 64, p. 9, jun. 2002.

NOGUEIRA, Alberto. *O devido processo legal tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, v. 4.

PINHO, Emerson Lima de. *A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenker. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: SAFe, 2000.

SILVA, Juary C. *Elementos de direito penal tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

---

<sup>1</sup> “Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”.

“Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...]”

III – ter o agente: [...]”

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;” [...].”

<sup>2</sup> TRF 4ª Região. Apelação Criminal n. 2000.04.01.009468-4/RS. Rel. Des. Federal Luiz Fernando Wovk Penteado. J. 22/10/2003. DJU 5/11/2003, Seção 2, p. 1.073.

<sup>3</sup> *Habeas Corpus* n. 81.929-0-RJ. 1ª Turma. Julg. 16/12/2003. DJU I, 27/2/2004. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 56, p. 301.

<sup>4</sup> Recurso Criminal em Sentido Estrito n. 2001.70.03.004654-9/PR. Rel. Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro. J. 08/10/2003, DJU 29/10/2003, seção 2, p. 405, grifos nossos.

<sup>5</sup> Estellita (2003, p. 2-3) faz interessantes comentários ao art. 9º da Lei n. 10.684/03. Com relação a este objeto diz ela o seguinte: “O que reforça a tese por nós defendida de que todos estes crimes têm por objeto de tutela o mesmo bem jurídico e, daí, a impossibilidade, repita-se, de tratamento diferenciado em função tão-somente da espécie tributária objeto do crime em concreto. A afirmação de que a referência se fez a ‘quase’ todos crimes tributários fica por conta da indevida omissão do crime de descaminho que, tal qual os mencionados, protege igualmente o mesmo bem jurídico e, assim, deve ser objeto do mesmo ‘regime jurídico’ aplicável aos demais crimes tributários.” Tem razão a autora, uma vez que o bem jurídico – Administração Pública – é exatamente o mesmo para os crimes ali relacionados e o art. 334 do Código Penal, sendo injustificada, portanto, a sua omissão. Nesse sentido também opina Ricardo Lobo Torres, dizendo que o crime de descaminho é um dos crimes fiscais, aliado ao crime de falsificação de estampilhas (art. 293, I, CP), a sonegação, a fraude e os crimes praticados por funcionários públicos (Lei n. 8.137/90) (*Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 293).

<sup>6</sup> Contudo, veja-se como se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “*Penal e processual penal – Crime de descaminho – Art. 334, § 1º, c e d, do CP – Denúncia. não recebimento – Extinção da punibilidade – Aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/95 – Impossibilidade – Perdimento das mercadorias – Inaplicação para configurar o pagamento do tributo – Recurso provido*. 1. A aplicação do disposto no art. 34 da Lei 9.249/95 se estende a todos os delitos cuja objetividade jurídica exclusiva seja a garantia da atividade arrecadadora estatal. 2. Sendo o bem jurídico tutelado pelo crime de descaminho de natureza fiscal e extrafiscal, ou seja, visa a garantir não apenas a arrecadação de impostos, como também, e principalmente, a resguardar outros interesses do Estado, dentre os quais pode-se destacar a proteção à indústria nacional, não incide, *in casu*, a norma contida no art. 34 da Lei m. 9.249/95, que possibilita a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos antes do recebimento da denúncia. 3. O perdimento de bens não equivale ao pagamento do tributo, tampouco enseja a possibilidade de extinção da punibilidade do delito (Súmula 92 do extinto TFR). 4. Recurso provido. (Recurso em Sentido Estrito n. 98.03.038.334-5/SP. 1ª Turma. Rel. Des. Federal Casem Mazloum. J. 4/8/1998. DJU I, 13/10/1998. *Revista dos Tribunais* n. 763, mai. 1993, p. 694-699).

<sup>7</sup> *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 122-123. No mesmo sentido, PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, v. 4, p. 569. A jurisprudência, contudo, não abraça a tese da possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, a não ser por decisões isoladas do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cf. informado por Schmidt, 2003, p. 120-121. O autor também cita Márcia Dometila Lima de Carvalho (Crimes de contrabando e descaminho, 1998, p. 53-66, *passim*), como uma das doutrinadoras que defendem o emprego da extinção da punibilidade nos crimes de descaminho. Entretanto, equivooca-se o autor, pois a autora explica, em detalhes, os percalços da aplicação do referido instituto aos crime de descaminho, que culminou na promulgação da Lei n. 6.910/81, que pôs ponto final à discórdia jurisprudencial e doutrinária. São delas seguintes palavras: “Concluindo, embora editada, por assim dizer, a toque de caixa, a lei em questão logrou atingir seus dois objetivos primordiais. Pôs termo a um verdadeiro cabo das tormentas gerado pela Súmula 560, *verbi gratia*, a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos relativamente aos crimes de contrabando e descaminho. Por outro lado, conquanto o pluralizado instituto continue vigendo para os demais crimes de natureza fiscal, frenou a nociva ingerência fiscalista no terreno das normas penais, fato de perniciosas conseqüências, inconciliável com os mais inarredáveis princípios do Direito Penal” (p. 66).

<sup>8</sup> *O devido processo legal tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 64-65.

<sup>9</sup> Crimes contra a ordem tributária. Extinção da punibilidade. Aspectos temporais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, maio 1987, p. 86-87.

<sup>10</sup> Crimes tributários e previdenciários: para STJ o parcelamento do débito extingue a punibilidade do sonegador. *Síntese Jornal*, n. 64, jun. 2002, p. 9.

<sup>11</sup> EISELE, Andreas. Crimes contra a ordem tributária. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Dialética, 2002, p. 107-108. A propósito, esta “desigualdade entre os indivíduos” a que se refere Eisele é encontrada na interpretação da norma que extingue a punibilidade dos crimes tributários. Como se sabe, ela é uma forma de arrependimento posterior (art. 16, CP), mas com efeitos muito mais benéficos para os agentes dos crimes tributários que para os agentes de crimes não violentos, notadamente os patrimoniais. Com base nesta premissa, alguns doutrinadores e julgadores levantam a possibilidade de extensão da norma permissiva da extinção da punibilidade também aos crimes patrimoniais. Com a palavra, Schmidt (2003, p. 123-124): “como a sonegação fiscal não deixa de ser uma modalidade de furto burguês, seria uma atitude proporcional e isonômica para esta disparidade entre as duas modalidades de delitos não o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 34 da Lei n. 9.249/95, mas sim a sua aplicação analógica (analogia *in bonam partem*) aos delitos patrimoniais”. No mesmo sentido, cf. Streck (2000, p. 44); Pinho (2001, p. 158-162).

<sup>12</sup> SCHMIDT, *op. cit.*, p. 71.

<sup>13</sup> *Idem, ibidem.*, p. 75.

<sup>14</sup> PINHO Emerson Lima de. *A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 166.

<sup>15</sup> SILVA, Juary C. *Elementos de direito penal tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 144-146. Para ele, uma vez cabível a sistemática dos Juizados Especiais Criminais, a repressão penal seria mais eficaz, sob uma perspectiva exclusivamente legislativa. Em sentido contrário, pronuncia-se Carvalho (1992, p. 121-123): “Já se encontra mais ou menos dito, ao longo deste trabalho, que os crimes econômicos provocam grandes lesões, possuem um ato potencial ofensivo, portanto. Entre eles, encontram-se os crimes contra a economia popular, cujo potencial ofensivo nem sempre pode ser aferido em termos concretos, revelando-se difusamente, essa lesividade, esparramada em um número indeterminado de pessoas.

Em assim sendo, deixe-se dito, de logo, que tais crimes não poderão, jamais, ser colocados entre os de menor potencial ofensivo, para os fins e efeitos do art. 98, I, da Constituição Federal. Tal dispositivo determina a criação de um juizado especial, para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo. [...]

Tememos que, para esse juizado especializado, sejam entregues ações penais referentes à criminalidade econômica. Isso se persistir o mito de que o infrator dessa espécie, sendo ‘socializado’, não necessita de penas privativas de liberdade de longa duração. Em assim ocorrendo, poderá ser levada a criminalidade econômica ao juizado de pequenas causas, onde será considerada criminalidade de bagatela, em face mesmo daquela instituição não ter sido planejada para o julgamento de crimes complexos, como soem ser os crimes econômicos, cujas fraudes, tão sutis, passam desapercibidas dos menos avisados”.

## EXTINCTION OF PUNISHABILITY IN TAX-RELATED CRIMES

### ABSTRACT

On the extinction of punishability in tax-related crimes. Tax evasion. Brief history of laws on the extinction of punishability in tax-related crimes. The issue in Brazil after the REFIS-II / PAES – Tax Recovery Initiative. Penal Utilitarianism. Debt division into installments and punishability extinction. The principle of equality before the law and punishability extinction concerning the person and the crime. Punishability extinction and due process of law.

## KEYWORDS

Punishability extinction. Tax-related crimes. Payment. Payment in installments. Equality before law. Penal Utilitarianism.

## L'EXTINCTION DE LA PUNIBILITE DANS LES CRIMES TRIBUTAIRES

### RÉSUMÉ

Abordage sur l'extinction de la punibilité dans les crimes tributaires. Évasion fiscale. Bref historique de la législation qui soigne de l'extinction de la punibilité dans les crimes tributaires. Actuel traitement du sujet au Brésil en raison du Programme de Récupération Fiscale de Crédits Tributaires (REFIS II ou PAES). Utilitarisme criminel. Parcellement du débet et extinction de la punibilité. Suspension du délai prescriptif et de l'action criminelle. Principe de l'isonomie et extinction de la punibilité en raison de l'agent (personne physique et personne juridique) et du crime pratiqué (détournement et évasion fiscale de contribution de la sécurité sociale). Extinction de la punibilité et due de la procédure légale. Cours spéciales criminelles et extinction de la punibilidade dans les crimes tributaires.

### MOTS-CLÉS

Extinction de la punibilité. Crimes tributaires. Paiement. Parcellement. Isonomie. Utilitarisme criminel.

# A AÇÃO MONITÓRIA COMO INSTRUMENTO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

*Polyana D'Oliveira Ribeiro\**

1 Introdução. 2 Origem e evolução da ação monitoria. 3 Os conceitos de efetividade, celeridade e segurança jurídica. 4 A ação monitoria como mecanismo de alcance à efetividade do processo. 5 Notas conclusivas.

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a ação monitoria como um meio processual para se alcançar a efetividade do processo, principal escopo do processo civil moderno, analisando, para tanto, a origem e evolução da ação monitoria, os conceitos de efetividade, celeridade e segurança jurídica.

## PALAVRAS-CHAVE

Ação Monitoria. Efetividade. Processo. Segurança Jurídica. Celeridade.

## 1 INTRODUÇÃO

A questão da morosidade dos resultados judiciais há muito vem preocupando os estudiosos do Direito, especialmente na área do processo civil. Não há dúvidas de que um dos grandes paradigmas na história da processualística não somente brasileira, mas mundial, está no relacionamento entre a exigência de rapidez na conclusão do próprio processo e a aspiração à certeza da decisão, que exige ponderação e reflexão, no esforço de evitar decisões injustas.

A partir da idéia de que só se pode atingir a tão clamada Justiça mediante certeza absoluta, o Direito vem sendo desacreditado por muitos que dele tentam socorrer-se, enfrentando um juízo lento e truncado que dá lugar não à certeza jurídica, mas a fenômenos que, se não suprimem, sufocam os próprios direitos fundamentais do cidadão.

O processo é instrumento indispensável ao efetivo e concreto acionamento do direito de ação. O objeto deste estudo fixa-se, em parte, em como as regras processuais já existentes podem contribuir para desestruturar o império do conhecido brocardo: “a Justiça é lenta”.

Notório que os reclamos da sociedade, por maior celeridade e efetividade da Justiça, estão entre os fatores que motivaram e motivam o

---

\* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora de Direito Processual Civil da Faculdade Christus. Advogada.

legislador a inserir na lei processual vigente medidas que visam à satisfação do direito pretendido em razoável espaço de tempo.

Diante desse cenário, as recentes e constantes reformas de todo o ordenamento jurídico brasileiro têm por escopo e responsabilidade, a incessante busca de maior efetividade no alcance da prestação jurisdicional pretendida, tendo por missão, também, a consagração e o aprimoramento dos princípios do acesso à Justiça, da instrumentalidade e da efetividade, para que os jurisdicionados retomem a confiança nos pretórios, muitas vezes, abalada pela morosidade dos resultados processuais.

Não basta ao legislador o simples manuseio das letras; é preciso que as normas por ele criadas sejam prestadas coincidentemente aos anseios sociais. Para isso, não podemos olvidar a celeridade e a efetividade, condições realmente garantidoras dos direitos-objetos de discussões judiciais.

É certo que de nada adiantam as modificações já consolidadas, bem como as que ainda hão de vir, se, na mente daqueles que lidam, dia a dia, com o direito, não existir a real e verdadeira reforma: a adequação dos novos temas à realidade que hoje se enfrenta.

Formas ágeis de solucionar conflitos, simplificação de ritos, inserção no ordenamento de novas técnicas procedimentais e a melhoria do aparato judiciário configuram algumas das atuais ambições do processo civil brasileiro.

Enfocando a atividade processual, várias foram, e são, as tentativas do legislador em trazer para todo o Direito, com destaque para o Direito Processual, novos – ao menos para o Direito brasileiro – mecanismos que possam solidificar a visão de que o único processo que interessa à parte e também ao Estado é aquele que se presta a atender aos anseios dos que estão envolvidos dentro de um prazo razoável.

Essa visão é uma conseqüência da fase instrumentalista em que nosso Direito Processual se encontra atualmente. Depois de consolidados os principais institutos processuais, seus estudiosos viram que não bastava um processo repleto de normas e regras, se, ao final, não trouxesse uma plena satisfação para quem necessita do direito material que o processo ajuda a proteger, resguardar e criar.

Restou claro que de nada, ou quase nada, adiantava uma tutela advinda depois de anos de sua requisição. É com fundamento nessa fase do processo como instrumento que visa à realização do direito material, do processo que não é um fim em si mesmo, que se vêm reconstruindo a atividade processual e todas as regras a ela inerentes, tendo por base a efetividade do processo; e como esse objetiva proteger um outro direito, não poderá esquecer seu próprio escopo, alongando-se no tempo demasiadamente a ponto de fazer perecer o direito a que ele se propunha resguardar ou perder a eficácia da prestação jurisdicional.

A inserção da ação monitoria na reforma que sofreu o Código de Processo Civil no ano de 1995 não escapa dessa intenção. Após inúmeras reivindicações por parte dos processualistas, a monitoria foi incluída na legislação vigente, baseando-se em muito no sucesso alcançado na Itália e Alemanha. Os objetivos de efetividade e celeridade estão, ou deveriam estar, presentes na ação monitoria, já que o intuito de se criar para o Direito uma nova forma de se alcançar um título executivo visa exatamente abreviar o tempo de duração do processo.

## 2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA AÇÃO MONITÓRIA

Apesar de muitos julgarem que a ação monitoria tem origem lusitana, muito antes da ação decendiária, outros ordenamentos já se utilizavam se não de um processo monitorio propriamente dito, mas de um procedimento com alguns pontos em comum.

Não obstante o Direito romano não trazer, de fato, a monitoria prevista em seus escritos, havia, no direito medieval italiano, os interditos que talvez fossem os responsáveis pelo surgimento da ação monitoria.

Os interditos surgiram da constante necessidade de proteção de alguns direitos não previstos no *jus civile*. Diante de uma situação não abrangida por essas normas, o pretor<sup>1</sup> utilizava-se da *interdicta*, em que era expedida a ordem para que determinado particular realizasse algo (interdito restitutivo e exhibitório) ou deixasse de proceder de certa forma (interdito proibitivo).

Os interditos também advieram do aumento dos poderes dados ao pretor, o *imperium*, que passou a suprir as lacunas do direito romano deixadas pelo *jus civile*. Esse poder geral da magistratura conferido ao pretor tornou possível a apreciação e concessão de medidas especiais de tutela, sendo os interditos exemplo dessa manifestação<sup>2</sup>.

A sumariedade dessa ordem proferida pelo pretor é característica dos interditos, e que se assemelham com o instituto vigente da monitoria. Tal ordem é proferida com base em um juízo de verossimilhança<sup>3</sup> e possui um caráter condicional, pois caso a ordem não seja acatada, dar-se-á início ao que nós chamamos de procedimento ordinário, uma fase própria para melhor investigar as alegações do autor.

Um ponto, todavia, diferencia os interditos da monitoria. Aqueles não autorizavam a execução do mandado, ou da ordem, caso ocorresse a inércia daquele que deveria cumpri-la.

O processo monitorio propriamente dito, com a possibilidade de se iniciar a própria execução da forma adotada atualmente, teve origem no *mandatum de solvendo com clausula iustificativa*, criada pela doutrina medieval italiana. Esse novo processo ampararia o direito do credor que não estivesse munido de um título executivo. Diante de sumária análise dos fatos

trazidos pelo autor, o juiz deferiria o *mandatum de solvendo*. Como nesse momento não havia a presença do contraditório pleno e efetivo, o *mandatum* era acompanhado de cláusula em que era dada ao réu a possibilidade de defender-se, por isso passou a chamar-se de *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*.

Caso o réu se opusesse aos argumentos do credor, a ordem de cumprimento contida no *mandatum* restaria suspensa, dando início a uma plena fase de conhecimento. Silenciando o devedor, o *mandatum* ensejava o início imediato da execução.

Essa visão da monitória na época medieval já nos remonta ao processo monitório largamente utilizado nos dias de hoje, fazendo com que esse *mandatum* seja, de fato, o primeiro procedimento a utilizar-se dessas características injuncionais.

Sem dúvidas, o direito italiano foi o berço da ação monitória, sendo o primeiro ordenamento a fazer uso desse misto de processo de conhecimento e de execução, que deu origem às atuais tutelas jurisdicionais diferenciadas.

Não obstante, o direito português também deu relevante contribuição para a construção da monitória brasileira. Nosso direito muito se inspirou nas regras lusitanas para aparelhar a monitória hoje prevista no CPC.

O direito lusitano utilizou o processo monitório documental. Com o nome de ação decendiária, ou assinatura de dez dias, a primeira previsão da monitória no ordenamento luso encontra-se nas Ordenações Manoelinas, já caracterizado pela cognição sumária dos fatos alegados pelo credor, visando à expedição de ordem dirigida ao réu.

Reconhecendo o magistrado a presença desses requisitos, deveria ser dado ao devedor prazo de dez dias – o que deu origem ao nome da ação, ‘decendiária’ – devendo o réu, nesse prazo, pagar ou apresentar qualquer matéria de defesa que venha a desconstituir os argumentos trazidos pelo credor. Interessante era o que ocorria quando o réu comparecesse no prazo de dez dias, e, apresentando defesa, deixasse de prová-las.

Logrando êxito o réu em desconstituir os argumentos do credor, este seria condenado a devolver ao devedor tudo que porventura tivesse recebido em razão do mandado inicialmente expedido, além de ressarcir o réu de todas as despesas feitas e aquelas que ainda seriam despendidas até o final do processo, e, ainda, pagar em dobro o que estava sendo cobrado do réu, sendo metade desse valor destinado à “Piedade”. Se o réu, por sua vez, não conseguisse provar a defesa articulada, deveria pagar, além do que já constava no mandado, as custas do processo e o mesmo valor do principal cobrado, sendo, também nesse caso, destinada metade desse montante à “Piedade”.

As Ordenações Filipinas também trouxeram a ação decendiária em seu corpo, em seu Livro III, no título XXV. Não houve muitas diferenças

entre a assinatura de dez dias das Ordenações Manoelinas para as Filipinas, mas foi inegável o avanço da doutrina no que tange à prática forense nesse período, destacando-se relevantes estudos sobre a monitória.

Ocorreu maior manifestação doutrinária especialmente no que concerne às formas de manifestação do réu, tendo surgido obras esclarecendo, com riqueza de detalhes, vários pontos que ainda eram obscuros nas Ordenações Manoelinas. Seriam retiradas as condenações ou devolução em dobro do que estava sendo cobrado, caso o réu não conseguisse provar sua tese de defesa, ou para o autor, se o devedor lograsse êxito em seus embargos.

A Lei n. 9.079/95 não foi o primeiro instrumento responsável pela introdução da monitória no ordenamento brasileiro. Muito antes da vigência do Código de Processo Civil de 1973, nosso sistema previa a ação decendiária já utilizada no direito português.

Nossa história deixa clara a influência lusitana que sofremos. Antes da independência, o direito português era também válido para todas as colônias, alcançando, portanto, o Brasil. Foi assim que a ação decendiária vigente nas Ordenações Filipinas foi também aplicada em nosso país, estando presente em outros regulamentos que lhe sucederam<sup>4</sup>.

O modelo injuncional presente nas Ordenações Filipinas foi o primeiro a ser adotado no Brasil, caracterizando-se como procedimento que visava atender créditos baseados em prova documental, permitido que o credor obtivesse a força executiva necessária ao seu crédito de forma bem mais célere que os procedimentos tradicionais.

Depois de finalizado o poderio de Portugal sobre o Brasil, o Regulamento 737 foi o primeiro a regular matérias processuais, apesar de resumir-se basicamente a um processo comercial. Nesse regulamento estava presente a ação de assinatura de dez dias, nos artigos 246 a 269. Eram basicamente as mesmas regras contidas nas anteriores Ordenações. Sua principal diferença foi a ampliação dos títulos que poderiam embasar a ação decendiária, tendo sido restringidas, também, as matérias a serem alegadas como defesa pelo réu.

A Consolidação Ribas, reunida pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, que teve força de lei, foi a primeira codificação processual civil de nossa história, também trazendo em seu corpo a ação decendiária, com as mesmas regras já expostas, principalmente com as adequações realizadas no Regulamento 737.

Com o surgimento da República, a Constituição de 1891, com base no princípio da dualidade legislativa, passou aos estados a competência para legislar sobre direito processual. Algumas unidades da federação incluíram a ação decendiária em seus regulamentos processuais<sup>5</sup>, enquanto outros optaram por excluí-la<sup>6</sup>. Aqueles que adotaram a ação de assinatura de dez dias, como também era chamada, mantiveram as bases do Direito português.

O Código do Estado de São Paulo trouxe a ação decendiária em seus artigos 767/771, cabível àqueles que fossem detentores de obrigação líquida e certa, mas sem força executiva. Havia também a necessidade de o credor amparar-se em prova escrita.

O Código de Processo Civil (CPC) de 1939, que entrou em vigor em 1º de março de 1940, trouxe de volta a competência da União para legislar sobre processo. Tal codificação, contudo, excluiu o procedimento monitorio, não havendo dispositivos semelhantes à antiga ação decendiária.

O CPC de 1973 manteve o mesmo estado da legislação processual civil anterior, não trazendo disposições injuncionais em seu corpo original, além de também abolir as ações cominatórias na forma existente em 1939.

Foram necessários mais de cinquenta anos para que a monitoria voltasse ao ordenamento brasileiro, o que talvez justifique a falta de contato do jurista atual e as inúmeras dúvidas e polêmicas que ainda existem sobre esse procedimento.

Enquanto os ordenamentos europeus, reconhecendo a importância da monitoria para a celeridade processual, permaneceram prevendo-a em suas cartas, e evoluindo em seus institutos, o brasileiro ainda está tentando alertar os jurisdicionados e a comunidade jurídica, como um todo, da necessidade de se aplicar a ação monitoria, e as benesses que ela poderá acarretar, caso seja aplicada em sua forma correta.

Depois do advento do Código de 1973, a primeira menção à reinclusão da monitoria ocorreu em 1985, com a formação de uma comissão nomeada pelo então Ministro da Justiça. Esse anteprojeto, contudo, não trouxe o objetivo pretendido: o retorno da monitoria. Dez anos depois, após vários estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional de Magistratura, com o apoio do Ministério da Justiça, foi elaborado o projeto de lei que visava incluir a ação monitoria no código de processo civil, tendo o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira presidido a comissão de especialistas, formada para analisar a ação monitoria.

Não obstante as inúmeras reivindicações por parte dos juristas brasileiros pelo retorno da monitoria no CPC, esse vácuo na legislação, por mais de meio século, talvez seja a resposta do porquê essa ação, que já é tão utilizada com sucesso em outros países, aqui ainda enfrenta dificuldades para se desenvolver com segurança e atender ao seu escopo principal: contribuir para a efetividade do processo.

A monitoria introduzida em 1995 guarda inúmeras semelhanças com a decendiária já adotada no Brasil, tendo, contudo, trazido inovações e adaptações necessárias à atual fase em que se encontra o direito processual e para se harmonizar com o vigente ordenamento.

### 3 OS CONCEITOS DE EFETIVIDADE, CELERIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

A efetividade do processo, terminologia utilizada para demonstrar a idéia de que o processo deve revelar-se instrumento apto para resolver o litígio<sup>7</sup> com o mínimo de tempo e energia, é tema de estudo obrigatório no âmbito do direito processual moderno<sup>8</sup>.

Em que pese à modificação de alguns institutos processuais, devida a tantas reformas de que vem sendo alvo o Código de Processo Civil, muito mais ainda há de ser feito, no sentido de adequá-lo aos anseios dos jurisdicionados.<sup>9</sup>

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O preceito estipulado no artigo 5º consagra-se como garantia fundamental, estando inserto no Capítulo I, do Título II, da Constituição Federal, intitulado de direitos e garantias fundamentais. Conforme previsão do inciso IV, parágrafo 4º, do artigo 60, da mesma Carta, os direitos ali presentes apresentam-se como limite material ao poder de reforma, as chamadas cláusulas pétreas, que só podem ser alteradas ou abolidas com a formação de um novo Poder Constituinte originário que venha a elaborar um novo texto constitucional, não obstante a polêmica em torno do tema.

Dessa forma, o direito de ação presente no dispositivo retro é um direito que estará vigente enquanto vigente permanecer a atual ordem constitucional.

Nem todas as Constituições brasileiras ocuparam-se em trazer, de forma expressa, a previsão desse direito. As Cartas de 1891<sup>10</sup>, 1934 e 1937 foram omissas quanto à consagração do acesso à Justiça. Apenas a partir da Lei de 1946 é que passamos a ter tal regra de forma expressa em textos constitucionais<sup>11</sup>. Todavia, tais previsões restringiam-se à não-exclusão de lesões ao Direito, o que deixava de fora o aspecto preventivo da atividade jurisdicional, já que os textos referiam-se à proteção de lesão a direito, não contendo o termo ameaça. Embora a ameaça também, de alguma forma, pudesse ser analisada pelo Judiciário na ordem anterior, a inclusão do termo no texto constitucional ampliou, sem dúvida, a apreciação deste Poder a questões que anteriormente não estavam nele inseridas.

Outra sensível modificação que somente veio a contribuir com o avanço e maior alcance da regra foi a supressão do termo “individual” presente nas Cartas anteriores à de 1988. Hodiernamente, entende-se que aquelas questões ligadas a direitos difusos e coletivos também poderão ser objeto de apreciação pelo Judiciário, até mesmo porque esses direitos recebem proteção especial, mormente por meio das *class actions*.

Importa ressaltarmos o significado de garantia constitucional para que possamos perceber o verdadeiro alcance e a importância de uma regra ser assim considerada.

O eminente Rui Barbosa<sup>12</sup> descreve as garantias constitucionais como “as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem no sistema de proteção organizado pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa, da vida e da liberdade humanas”.

Torna-se inegável a presença de normas processuais no texto constitucional, principalmente no corpo de seu artigo quinto. Esse fato é consequência do atual movimento de constitucionalização do Direito, que vem dando a normas, anteriormente tratadas apenas em nível infraconstitucional, *status* de supralegalidade constitucional.<sup>13</sup>

Não há como negarmos a superioridade da norma constitucional. Por ser a Lei Maior do nosso ordenamento, será a responsável em traçar os principais elementos de todos os ramos do Direito. Como não poderia deixar de ser, assim ocorreu com o Direito Processual, ganhando suas regras notoriedade pela sua localização no texto constitucional. Entre essas regras arroladas no artigo 5º da Constituição, destacamos o próprio princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, além do devido processo legal, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do juiz natural (que também se apresenta na regra da vedação dos tribunais de exceção), da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões judiciais, da proibição da prova ilícita.

A existência de todos esses princípios no texto da Constituição nos leva a concluir que a própria Lei Maior preocupou-se em dar ao processo mecanismos que pudessem fazê-lo desenvolver-se no intuito de melhor atender à tutela jurisdicional pleiteada.

Mas o convívio com essas regras não pode significar apego excessivo às normas. Mesmo sendo princípios processuais, caso sejam considerados como regras estáticas, essas normas que foram esculpidas para valorizar o direito do jurisdicionado podem tornar-se responsáveis pelo impedimento da proteção desses mesmos direitos. Evidencia-se a necessidade de relativização dessas regras, quando possível, para que eles, esses princípios, possam servir de instrumento para se alcançar uma justiça rápida e eficiente, e não óbice a esses anseios<sup>14</sup>.

Todas essas regras encontram-se vinculadas e envolvidas em um todo. Desde a ampla apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Judiciário à existência de inúmeros preceitos que visam dar a essa apreciação a melhor forma possível, nos conduzem à existência da regra da efetividade, que se encontra prevista dentro de cada uma dessas disposições referidas pela Constituição.

A efetividade do processo não é uma preocupação isolada do ordenamento brasileiro. Em todo o mundo podemos vislumbrar esse cuidado com a demora e a forma com que se desenvolve o processo. Acertada foi a mudança na Constituição Republicana Portuguesa (CRP) do termo “princí-

pio do acesso do direito e aos tribunais” ao “direito à tutela jurisdicional efetiva”<sup>15</sup>, que bem evidencia a necessidade de a Constituição ser a primeira a demonstrar, de forma clara, a carência de se esculpir essa regra da efetividade, de forma a transformá-la no princípio diretor de todas as demais regras.

Conforme Canotilho, a mudança foi apropriada porque “visa-se não apenas garantir o acesso aos tribunais, mas sim e principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de *jurisdictio*”<sup>16</sup>.

Não basta garantir o acesso à Justiça<sup>17</sup>. Estamos no tempo em que o acesso ao Poder Judiciário tem implicações várias, principalmente a de que o cidadão terá a garantia de uma “protecção eficaz e temporalmente adequada”<sup>18</sup>. Isso significa que a parte tem o direito de ver sua questão analisada pelo Estado, por meio de seus representantes diretos, os magistrados, e que cuja resposta apresente-se em uma decisão que respeite os moldes legais e que seja proferida dentro de um tempo adequado. A necessidade de um processo sem dilações desnecessárias é o principal ditame do direito processual dos dias vigentes.

O longo intervalo de tempo que hoje se aguarda a partir da petição inicial até o proferimento de uma decisão final, termina, por vezes, afastando a apreciação daquele direito pelo Judiciário, pois é certo que, em muitos casos, após essa longa espera, de nada servirá a realização do direito pretendido, resultando, às vezes, mais em prejuízos à parte do que nos benefícios inicialmente postulados.

O processo não deve ser visto como algo estanque, afastado da essência do conflito de interesses e do próprio direito material que busca realizar. É notoriamente reconhecido que o processo não é um fim em si mesmo, e tem o seu ponto de maior realce quando é concedido, reconhecido, protegido o direito material. O direito instrumental perderia seu sentido, se o bem da vida não fosse alcançado, rápida e eficazmente, pelo litigante.

Na medida do que é possível, o processo deve proporcionar a quem tem direito tudo aquilo (e precisamente aquilo) que se tem o direito de obter (CANOTILHO, 200, p. 270). E para se alcançar esses escopos, é tempo de reavaliar e mudar até mesmo aqueles conceitos processuais que se apresentam como eternos e imutáveis.

Não é para ninguém segredo que o tempo é um dos maiores inimigos de um deslinde de litígio, pela via judicial. Uma das explicações mais freqüentemente utilizadas para justificar a demora no alcance das tutelas é a que se refere à questão da segurança jurídica. O conceito de segurança forma-se em torno do acerto da decisão firmada em bases probatórias sólidas, tendo-se em mente, aqui, a segurança jurídica como sinônimo de decisão judicial infalível.

Ocorre que segurança jurídica nessa visão de decisão infalível opõe-se frontalmente à efetividade. Essas duas exigências parecem ser visível-

mente contrapostas: de um lado, agilidade e rapidez, de outro, prudência e decurso de tempo<sup>19</sup>.

Segundo Carnelutti, o *slogan* da justiça rápida e segura contém, desgraçadamente, uma contradição: se a justiça é segura, não é rápida; se é rápida, não é segura. Às vezes, a semente da verdade necessita de anos, ou mesmo séculos, para tornar-se espiga (*veritas filia temporis*).

A celeridade pode ser considerada uma regra, e como tal, deve ser obedecida. A Convenção Européia para proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece, de forma explícita, em seu parágrafo primeiro, do artigo sexto, “que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um ‘prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”<sup>20</sup>.

O dogma da segurança jurídica exige, em regra, decurso de tempo maior para a concretização dos seus fins, primando pela busca da verdade, da certeza absoluta, tal como se vê no processo de conhecimento, inviabilizando, por conseguinte, qualquer forma de tutela jurisdicional baseada na aparência. Já o postulado da efetividade reclama um menor tempo até a decisão final, pois deve estar adequado à pretensão deduzida em juízo.

O que percebemos é que até hoje é dada uma ênfase à segurança jurídica em detrimento da efetividade. Utilizando-se das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, muitos se acomodam e utilizam-nas para justificar, por exemplo, a grande quantidade de atos processuais, colocando a prestação jurisdicional como algo inatingível.

Não desejamos mais a imagem de um sistema judiciário “a um só tempo, lento e caro... um produto final de grande beleza, mas que acarreta um imenso sacrifício de tempo, dinheiro e talento”<sup>21</sup>, que acaba afastando o jurisdicionado da manta protetora da Justiça, afrontando severamente o dispositivo constitucional que determina a obrigação de ser ela, a Justiça, a mais ampla e acessível possível.

Também não estamos aqui sugerindo extremos. Não há de se falar em brevidade processual. Assim como a ampliação do processo não é um bem para reparar a lesão, a brevidade excessiva apresenta-se como um mal.<sup>22</sup> É necessário encontrar um meio-termo, que possibilite a combinação da efetividade com a segurança, em doses possíveis de conciliação, com a cautela de não se antepor uma à outra.

Para se alcançar esse ideal, a própria legislação processual vem criando novas técnicas que visam possibilitar uma maior efetividade, diga-se, celeridade processual, sem, contudo, acarretar o sacrifício da segurança jurídica, como é o caso da antecipação de tutela, da concessão de liminares, do instituto da conciliação, da atual sistemática do agravo de instrumento, do procedimento sumário, da ação monitória e várias outras importantes questões.

As discussões sobre processo também não deixam dúvidas de que essa não é uma preocupação isolada do Brasil, mas de todo o mundo. Em diversos países, já há algum tempo, pode-se observar que o tema referente à efetividade do processo preocupa aos estudiosos e aplicadores do Direito.

Já em 1977, na Bélgica, a Associação Internacional de Direito Judiciário promoveu um debate com o tema “Para uma Justiça de Fisionomia Humana”; na Alemanha, em 1983, discutiu-se a “Proteção Judicial Efetiva e Ordem Constitucional”; “Tendências em Matéria de Execução de Sentenças e Ordens Judiciais” foi o tema de importante debate na Suécia, em 1985; “Justiça e Eficiência”, em 1987, na Holanda; “Proteção Judicial dos Direitos Humanos no Plano Nacional e Internacional”, em 1988, na Itália; “Papel e Organização de Magistrados e Advogados nas Sociedades Contemporâneas”, em Portugal, no ano de 1991.

Essa perfeita combinação entre efetividade e celeridade é um sinal de avanço contra todos os empecilhos de ordem formal e intelectual que a efetividade processual encontra no curso de um processo. A célebre máxima de Rui Barbosa ainda se deve fazer presente, alertando-nos que *a justiça tardia é a denegação da própria justiça*, e assim nos faz acordar para a real e urgente necessidade de dar ao processo, de forma cada vez mais intensa, o seu caráter de instrumento a serviço do Direito material. José Rogério Cruz e Tucci também nos auxilia nessa missão, ao asseverar que “é certo que no processo, como vaticinara Couture, o tempo é algo mais do que ouro: é Justiça!”<sup>23</sup>

#### 4 A AÇÃO MONITÓRIA COMO MECANISMO DE ALCANCE À EFETIVIDADE DO PROCESSO

A terminologia *monitoria* deriva do latim *monitio*, de *monere*, significando advertir, avisar, e em seu uso antigo significava o aviso ou convite para vir depor a respeito de fatos contidos na demanda injuncional. De acordo com a terminologia do Direito Canônico, *monitoria* significava a advertência feita pela autoridade eclesiástica a uma pessoa, para que cumpra determinado dever ou se abstenha de praticar um ato, no fim de evitar a penalidade a que estaria sujeita, pela omissão ou ação apontadas<sup>24</sup>. Apesar de tais expressões não traduzirem o real e vigente significado de *monitoria*, resta clara a idéia de que o vocábulo indica advertência para que o réu pague ou entregue determinado bem<sup>25</sup>.

Presta-se o processo monitorio brasileiro àquele que, com base em prova escrita, sem eficácia de título executivo, pretender pagamento de soma em dinheiro ou entrega de determinado bem móvel e de coisa fungível, sendo esta aquela que se pode substituir por outra de igual espécie, qualidade e quantidade.

A real utilidade da *monitoria* é formar um título executivo judicial que possibilite a efetivação do direito pretendido pelo autor. Como o Código

de Processo Civil adota o princípio da *nula executio sine titulo* (toda execução deve basear-se em título executivo, judicial ou extrajudicial<sup>26</sup>), busca a monitória criar um atalho àquele que estiver munido de prova escrita, para que, de forma mais célere que em processo de conhecimento, obtenha-se título executivo.

A ação monitória inclui-se entre os institutos gerados pelo primeiro movimento de reforma do Código de Processo Civil, em voga há mais de uma década, que vem, de forma insistente, tentando introduzir em nossa legislação institutos eficazes e diferenciados, sempre com o escopo de atingir um acesso à ordem jurídica justa.<sup>27</sup>

Seguindo esse sentimento de dar a cada direito invocado uma tutela específica que em curto espaço de tempo possa amparar o direito postulado, e motivado também pelo desejo de mudanças, o legislador, por meio do Projeto de Lei n. 3.805/93, exposto pela Comissão de Reforma presidida, à época, pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, trouxe ao ordenamento a Lei nº 9079, de 14 de julho de 1995, incluindo o Capítulo XV ao Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil, três artigos dispendo sobre a ação monitória, instituto já há muito tempo utilizado no ordenamento europeu.

O Ministro Sálvio, na Exposição de Motivos do Projeto de Lei da ação monitória, deixa claro seu objetivo ao afirmar que:

Introduz no atual direito brasileiro, com este projeto, dentro de um objetivo maior de desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao nosso processo civil, a ação monitória que representa o procedimento de maior sucesso no direito europeu, adaptando o seu modelo à nossa realidade e às cautelas que a inovação sugere. A finalidade do procedimento monitório, que tem profundas raízes no antigo direito luso-brasileiro, é abreviar, de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do título executivo, contornando o geralmente moroso e caro procedimento ordinário.

O mestre italiano Proto Pisani assevera que a história do direito processual demonstra que o procedimento comum acarreta um elevado custo para as partes e também para a administração da Justiça, e em muitas ocasiões, a total realização do contraditório apresenta-se inoperante, acarretando sérios riscos.

Antes do advento da monitória, o credor que não fosse munido de um título que detivesse os requisitos necessários à execução (título líquido, certo e exigível), ou aquele que possuísse um documento, mas que não se incluísse entre uma das espécies de título extrajudicial arroladas pelo CPC, ou por legislação extravagante, deveria submeter-se ao processo de conhecimento para, ao final, obter um título judicial, e só então dar início à execução da sentença.

O sucesso obtido pela monitória nos países europeus serviu de motivação ao legislador nacional, que vislumbrando os reveses do procedimento acima descrito para se alcançar um título executivo que pudesse embasar uma ação de execução, incluiu no ordenamento as regras do procedimento injuncional.

É a demanda monitória ação que se destina a eliminar o procedimento ordinário, dando ao devedor a possibilidade de optar pelo pagamento da dívida ou a sua discussão judicial. Apesar de seus embargos, momento em que o devedor poderá apresentar sua defesa, seguir o processo ordinário, ainda assim a ação monitória visa garantir à parte postulante o acesso rápido à execução, abreviando os longos caminhos existentes entre o processo de conhecimento e a obtenção do título executivo judicial.

É tempo de dar lugar à adoção do que a doutrina denomina processo sincrético, onde se vislumbra a integração das atividades cognitivas e executivas. A execução apresenta-se como apenas uma fase do processo monitório, sem necessidade de instauração de processo autônomo.

Tutela jurisdicional vem a ser o conjunto de medidas necessárias e estabelecidas pelo legislador, com o escopo de dar efetividade a uma situação amparada pelo direito material<sup>28</sup>.

Veremos que a monitória corresponde ao que a doutrina denomina de tutela jurisdicional diferenciada<sup>29</sup>, que visa adequar o tipo de tutela desejada e os que visa adequar o tipo de tutela desejada e os anseios pretendidos pelo jurisdicionado<sup>30</sup>. É a necessidade de o processo acompanhar a evolução humana, no fim de corresponder às necessidades sociais. Por essa razão que “para cada tipo de situação de direito material deve existir uma tutela jurisdicional adequada, isto é, diferenciada pelo procedimento”<sup>31</sup>.

Assim é que doutrina e pretórios devem encarar a ação monitória como forma procedimental distinta do processo de cognição, e dessa forma, devem analisar os institutos processuais e sua aplicação na monitória nunca olvidando seu maior objetivo: eliminar tempo desnecessário, custos elevados e formalidades não pretendidas pelo legislador, que, caso sejam aplicadas, apenas desvirtuará sua verdadeira natureza de tutela diferenciada que se apresenta como mecanismo de efetividade processual<sup>32</sup>.

## 5 NOTAS CONCLUSIVAS

Diante de todos esses aspectos abordados, percebemos que a monitória, caso aplicada da forma correta, apresenta-se como um excepcional meio para que se alcance os ideais de instrumentalidade do processo, que se traduzem principalmente nas regras de efetividade. Uma das dificuldades já foi vencida, sua reinclusão na legislação processual, mas a monitória ainda deverá enfrentar e superar diversos problemas, principalmente pelas lacunas deixadas pelo legislador, atribuindo ao aplicador jurídico a missão de preen-

cher esses espaços, medida que ao mesmo tempo em que se apresenta benéfica, também acarreta severos problemas no que concerne à diversidade de monitorias que acabam por surgir.

É bem verdade que, por vezes, certas inovações na legislação, por chegarem tardiamente ou conter incoerências, acabam por cair no desuso. Noutro prisma, seja também destacado que certos institutos simplesmente deixam de ser utilizados porque esbarram na incompreensão ou no inegável conservadorismo que caracteriza os operadores do Direito, na sua maioria.

Outrossim, não seja esquecido que todo e qualquer dispositivo legal requer interpretação, que não pode ser simplesmente literal ou burocrática, mas que deve ser, sim, lógico-sistemática, especialmente quando se tratar de questões polêmicas, controversas, versando matéria ainda não sedimentada, mesmo se tratando de tema que não pode ser considerado inédito, como no caso da monitoria.

Interpretar os textos jurídicos, para aferir o real significado de seus mandamentos, não é um fim em si e nem uma atividade lúdica. O trabalho do intérprete é instrumental ou, pelo menos, deve estar voltado para a busca da solução mais adequada, mais justa dos problemas suscitados e, principalmente, que mais atenda aos anseios da sociedade, dentre eles, e certamente um dos de maior destaque, a efetividade.

Uma vez superadas as dúvidas que pairam sobre a ação monitoria, essa será facilmente vislumbrada como uma medida à frente do nosso processo convencional, pois conciliando normas de processos distintos (conhecimento e execução), a monitoria conseguirá transpor barreiras hoje existentes para que o detentor de um documento que carece de executividade possa fundamentar um procedimento que formará, de uma forma bem mais célere, um título executivo, levando ao credor a satisfação perquirida, sem descuidar-se, contudo, das garantias inerentes ao devedor.

Para que isso ocorra, deverá a monitoria ser mostrada como capaz de realizar esse desiderato, estimulando assim os operadores a utilizarem-na e fazerem com que ela ganhe a intimidade necessária para que os mistérios que ainda a envolvem possam, gradativamente, ser solucionados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Da ação monitoria: opção do autor. *Revista de Processo*, n. 83, p. 14 – 25, jul./set. 1996.

\_\_\_\_\_. Inibitória e monitoria. *Revista Jurídica Consulex*, n. 136, p. 42-45, mai. 2002.

ARMELIN, Donald. Apontamentos sobre a ação monitoria, Lei n. 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 14. Bauru, p. 51-75, abr./jul. 1996.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, n. 65, p. 45-55, jul./set. 1992

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v. 2.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BENETI, Sidnei Agostinho. A nova ação monitoria. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CALAMANDREI, Piero. *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*. Milano: Società Editrice "Unitas", 1926.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. (Tradução de Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report).

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I-III.

DANTAS, Francisco Ivo Cavalcanti. *Constituição e processo*. Curitiba: Juruá, 2003.

DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho. Ação monitoria: procedimento monitorio – implantação no CPC – comentários à Lei n. 9079/95. *Revista Jurídica*, n. 220, p. 80-93, fev. 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

LISBOA, Celso Anicet. O mandado monitorio objetivamente complexo como chave de alguns problemas da ação monitoria. *Revista de Processo*, n. 83, p. 44-56, jul./set. 1996.

MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

PAINI, Reynaldo José Castilho. *Ação monitoria*, lei 9.079. São Paulo: Universitária de Direito, [s.d.].

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 1, p. 14-19, set./out 1999.

PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. III.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969, v. 1.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. Da natureza executiva do procedimento monitorio. *Revista de Processo*, n. 116, p. 67-84, jul./ago. 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Ação monitoria no novo processo civil português e espanhol*. *Revista de Processo*, n. 103, p. 108-121, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. *Ação monitoria: lei 9.079, de 14.07.1995*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Ação monitoria*. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 6, p. 24-37, set. 2003.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna: participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

---

<sup>1</sup> No direito romano, o pretor, dentre os magistrados republicanos, tinha por incumbência funções relacionadas com a administração da Justiça. Era de sua responsabilidade a primeira fase do processo entre particulares, verificando as alegações das partes e fixando os limites do conflito, remetendo, posteriormente, o caso a um juiz particular. Era seu mister verificar a verossimilhança das alegações diante das provas apresentadas e tomar, com base nelas, sua decisão. A partir de 242 a.C. instituiu-se a figura do pretor peregrino, específico para os casos em que figuravam estrangeiros, além do pretor urbano, destinado aos casos que envolviam os cidadãos romanos. Após o século II a.C., o pretor recebeu amplo poder de mando, podendo dar instruções aos juízes particulares sobre como ele deveria apreciar as questões de mérito. Utilizando-se desses poderes, poderia deixar de admitir ações perante ele propostas, a *denegatio actionis*, ou até mesmo admitir ações até então desconhecidas.

<sup>2</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitoria: lei 9.079, de 14.07.1995*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 26.

<sup>3</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969, v. 1, p. 65.

<sup>4</sup> O Regulamento 737, em 1850, e a Consolidação Ribas, esta organizada pelo Conselheiro Antonio Joaquim Ribas, que reuniu toda a legislação processual civil.

<sup>5</sup> Código de Processo da Bahia, de São Paulo, do Pará e do Rio de Janeiro.

<sup>6</sup> O Código de Judiciário de Santa Catarina foi um dos que excluiu a ação decendiária.

<sup>7</sup> MOREIRA, *op. cit.*, p. 27.

<sup>8</sup> Barroso (2003, p. 85) vai buscar em Kelsen o conceito de efetividade, retratando-o como “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”.

<sup>9</sup> A idéia de que a causa das mais recentes reformas do Código de Processo Civil é a incessante busca da efetividade encontra-se registrada nas palavras de Andrighi (2002 p. 42-45): “Com o desígnio de eliminar os pontos de estrangulamento do processo e acelerar o quanto possível o seu andamento, a Reforma do CPC foi elaborada sempre co vistas a se alcançar principalmente, a sua efetividade”.

<sup>10</sup> No texto da Carta de 1981 a regra da inafastabilidade encontrava-se implícita, ao interpretarmos a Norma de uma forma sistemática. Assim afirmamos em razão de ter sido por meio dessa Carta que o Brasil adotou a tripartição de poderes, com muita influência do sistema constitucional americano, que ao contrário do que ocorre na França, por exemplo, concentra toda a última apreciação ao Poder Judiciário.

<sup>11</sup> A Constituição de 1946 o previu em seu artigo 141, § 4º, da seguinte forma: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. A Carta de 1967, em seu artigo 150, § 4º, e EC n.º 1, de 1969, em seu artigo 153, § 4º, assim dispunha: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual”.

<sup>12</sup> *Apud* DANTAS, Francisco Ivo Cavalcanti. *Constituição e processo*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 53.

<sup>13</sup> *Idem, ibidem.*, p. 93.

<sup>14</sup> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assim se manifesta: “[...] Os pedidos, como manifestações de vontade, devem ser interpretados à luz do princípio da efetividade e da economia processual, que visam conferir à parte um máximo de resultado com um mínimo de esforço processual. (AGA 568509/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU I 30.set.2004, p. 222); “[...] A sistemática processual, tal como se propõe, busca dar máxima efetividade ao cumprimento de sua função sócio-político-jurídica, eliminando insatisfações - com justiça e fazendo cumprir o direito -, não se compadecendo com o formalismo exacerbado. Recurso não conhecido. (REsp 329491/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalho, 6ª Turma, DJU 25.02.2002, p. 464)”.

<sup>15</sup> Art. 20, § 3º, da CRP: todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 423.

<sup>17</sup> Não podemos olvidar que a simples ampliação desse acesso ao Judiciário, sem modificações necessárias na sua estrutura e na própria ordem jurídica pode acarretar problemas para a efetividade do sistema. Daí a amplitude do problema. Partindo dessa idéia é que Bedaque (1995, p. 43) afirma que “a principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos. Não pode prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesma. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja seu resultado. Critica-se não o dogmatismo, mas o dogmatismo puro, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo. Por isso, a idéia de devido processo legal deve ser fundida com a de fim – idéia teleológica”.

<sup>18</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 486.

<sup>19</sup> Sobre a necessidade de segurança e celeridade caminharem em conjunto, Santos Filho (2004, p. 67-84): “A verdade é que ou o processo civil evolui de forma a responder aos reclamos e anseios de amplas

parcelas da cidadania que clamam por uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, sintonizada com a realidade de uma sociedade teleguiada pelo computador e pelo relógio, melhor sopesando o binômio segurança e efetividade, ou corre-se o risco do retorno, de forma massiva e atabalhoada, à Justiça Privada, em larga escala, com conseqüências imprevisíveis, para manutenção do Estado de Direito”.

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 20.

<sup>21</sup> CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p. 164.

<sup>22</sup> Confirmando esse pensamento, Canotilho (2000, p. 424) assevera que “a aceleração da proteção jurídica que se traduzia em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recursos, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta”.

<sup>23</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 146

<sup>24</sup> PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. III, p. 205.

<sup>25</sup> Segundo Aurélio Buarque de Hollanda, o verbo transitivo “monir” significa admoestar, avisar para vir depor sobre a matéria de uma monitória.

<sup>26</sup> Válido ressaltar que o grande número de títulos executivos existentes no ordenamento brasileiro sem dúvida apresenta-se como uma das causas para o retardamento da adoção do procedimento monitório pelo Código de Processo Civil.

<sup>27</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna: participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 57.

<sup>28</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31. A doutrina italiana utiliza-se do termo tutela jurídica de direitos, mas com o mesmo significado da tutela jurisdicional adotada pelo ordenamento brasileiro.

<sup>29</sup> Segundo Andrighi (2002), “para obter a aceleração do processo e evitar que o autor, titular do direito em litígio, aguarde o seu final para alcançar o bem da vida, a legislação reformista adotou novos tipos de tutelas, denominadas pela doutrina de diferidas ou diferenciadas, que visam contornar, abreviar e agilizar a concessão da prestação jurisdicional, colocando-se rente à vida e, portanto, adequada à realidade vigente”.

<sup>30</sup> Sobre o assunto, Ada Pellegrini Grinover (Ação monitória. *Revista Jurídica Consulex*, ano I, n. 6, 1997), assevera que “Proto Pisani, um moderno e muito atual processualista italiano, salientou a importância de se buscarem técnicas diferenciadas de tutela, mostrando as suas finalidades, que são exatamente as finalidades do processo monitório. Em primeiro lugar, evitar o custo do processo de cognição plena por intermédio de técnicas de cognição sumária. Com isso, em segundo lugar, efetivar a tutela jurisdicional para torná-la adequada à relação jurídica de direito material subjacente. E, em terceiro lugar, evitar o abuso de direito de defesa pelo demandado, sem suprimir suas garantias constitucionais, mas tentando vencer as resistências que o mesmo costuma alegar para retardar o processo”.

<sup>31</sup> BEDAQUE, *op. cit.*, p. 33.

<sup>32</sup> Dias (1996, p. 86) assim dispõe: “em termos de eficiência, o CPC, portanto, equipado está com a técnica de Primeiro Mundo, da melhor qualidade, não mais lhe podendo ser debitada a culpa pela morosidade das demandas, eis que seu receituário procedimental revela-se plenamente adequado às necessidades do foro e afeiçoado ao ideal da plena efetividade do processo. Porém, verdade seja dita, de nada adianta um Código de boa qualidade técnica, se seu intérpretes e aplicadores revelam-se nefelibatas, despreparados ou sem preparo algum, aí residindo, a meu sentir, em grande parte, a origem do retardamento da solução das demandas”.

## THE SO-CALLED “AÇÃO MONITÓRIA” AS AN INSTRUMENT TO EFFECTIVE JURISDICTIONAL PROTECTION

### ABSTRACT

The article intends to analyse the “Ação Monitória”, legal instrument aimed at rendering lawsuits more effective. In this sense, the author explores the origins and evolution of the instrument and the definitions of effectiveness, rapidness and juridical safety.

### KEYWORDS

“Ação Monitória”. Effectiveness, Lawsuit. Juridical Safety. Rapidness.

## L'ACTION DE MONITÓRIA COMME INSTRUMENT À L'EFFICACE GARDE JURIDICTIONNELLE

### RÉSUMÉ

Le présent travail a pour intention d'analyser l'action « monitória » comme un moyen procédural pour que s'atteigne l'efficacité de la procédure, principale cible de la procédure civile moderne, analysant, de telle façon, l'origine et l'évolution de l'action « monitória », les concepts d'efficacité, de célérité et de la sécurité juridique.

### MOTS-CLÉS

Action “Monitória”. Efficacité. Processus. Sécurité Juridique. Célérité.

# DESAFIANDO O TRABALHO INFANTIL: UM CONFRONTO NECESSÁRIO

*Sandra Helena Lima Moreira\**

1 Considerações introdutórias. 2 A ilegalidade e desumanidade do trabalho infantil. 3 Apresentação de resultados. 4 Conclusão.

## RESUMO

Aborda a problemática do trabalho infantil no Brasil, aliando-se às iniciativas de sua erradicação. Apresenta explicações para a existência do trabalho infantil no País que originaram-se na colonização brasileira, passando pela escravidão até os dias atuais, cujas estatísticas atestam ser o problema ainda de grandes proporções. Relata que tal constatação levou ao desenvolvimento de uma pesquisa envolvendo professores e alunos do Curso de Direito da Faculdade CHRISTUS no segundo semestre de 2004, cujo objeto foi a realidade do trabalho infantil no Estado do Ceará. Tal pesquisa resultou em quatro produtos: duas cartilhas, este artigo e um acervo bibliográfico sobre trabalho infantil organizado, catalogado e disponibilizado na hemeroteca da Faculdade. O principal deles, entretanto, é a cartilha, de formato e linguagem mais acessíveis, que deverá ser distribuída a professores de escolas públicas e lideranças comunitárias, com efeito multiplicador sobre pais e crianças em situação de risco social, estas últimas as que mais são submetidas ao trabalho precocemente. O artigo expõe a metodologia empreendida além de dados do trabalho infantil no Estado do Ceará, as estratégias de articulação da pesquisa com a vocação institucional de responsabilidade social, o engajamento de alunos e os elos com a extensão universitária.

## PALAVRAS-CHAVE

Trabalho Infantil. Pesquisa. Preconceito. Cidadania. Educação e Exclusão Social.

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O trabalho infantil é um problema mundial cuja dimensão quantitativa estima-se atinge mais de 100.000.000 (cem milhões) de crianças. No entanto, como o fenômeno está diretamente relacionado ao desemprego e à má

---

\* Mestre em Sociologia. Doutoranda em Educação e Trabalho pela UFC. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Christus.

distribuição de renda, os países que apresentam índices maiores de exploração infantil são aqueles considerados pertencentes ao terceiro mundo e/ou emergentes. Assim, a África e a América Latina concentram 50% dessa mão-de-obra e, no Brasil, segundo os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2001, existem 5.482.515 (cinco milhões, quatrocentos e oitenta e dois mil e quinhentos e quinze) de crianças de 5 a 17 anos<sup>1</sup>, trabalhando nas mais diversas (e adversas) condições. Esses números podem ser melhor traduzidos pela informação de que em cada 100 crianças entre 10 e 14 anos, 11,6 estão inseridas no trabalho e, ao se elevar o intervalo etário para entre 15 e 17 anos, essa estatística eleva-se para 31,5 para cada 100. Os menores de 14 anos são em número de 2.231.974 (dois milhões, duzentos e trinta e um mil e novecentos e setenta e quatro) representando 40% deles e, de todos, 3.570.216 (três milhões, quinhentos e setenta mil, duzentos e dezesseis) são do sexo masculino, portanto a maioria. Entretanto, esse dado se inverte quando “recorta-se” o trabalho infantil na modalidade “doméstico”, onde 97% das crianças são do sexo feminino, revelando uma nítida divisão sexual do trabalho infantil no Brasil.

De qualquer modo, os índices revelam uma verdadeira “chaga social” envolta num complexo de variáveis sociais, políticas, econômicas e culturais, que têm dificultado a sua efetiva desestruturação.

Este artigo está dividido em quatro partes, nas quais a primeira constitui-se desta Introdução, que apresenta uma visão panorâmica quantitativa do trabalho infantil no mundo, no Brasil e no Estado do Ceará.

A segunda enfoca abstratamente o trabalho infantil, destaca os dispositivos legais que são confrontados com sua prática, situa historicamente a origem do problema no Brasil, os mitos que dificultam sua erradicação e a situação brasileira atual. Apresenta os objetivos, a justificativa e a metodologia do desenvolvimento de uma pesquisa sobre trabalho infantil, que envolveu professoras e alunos do Curso de Direito da Faculdade Christus no segundo semestre de 2004.

A terceira discorre sobre os resultados obtidos em dados, os produtos resultantes da pesquisa, a articulação com o ensino e a extensão universitária e, a interferência social ativa com vistas a contribuir para a transformação da realidade.

A quarta e última parte traz comentários conclusivos do trabalho e a indicação dos desdobramentos que se espera efetivar, cujos caminhos já se começou a trilhar.

## 2 A ILEGALIDADE E DESUMANIDADE DO TRABALHO INFANTIL

O combate ao trabalho infantil está diretamente relacionado à defesa dos direitos consagrados na Constituição Federal brasileira (CF), que dá

suporte jurídico através dos artigos 7º, inciso XXXIII (com redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98), e 227, além do art. 67 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990). Fundamenta-se no princípio de que toda criança deve ter plenamente respeitada e protegida sua dignidade como ser humano, independente de nacionalidade, cor, sexo, origem social, religião ou etnia e, por apresentar a peculiaridade de se encontrar numa fase de desenvolvimento que enseja proteção especial em todas as áreas de sua vivência física, familiar, moral, educacional, psicológica e social.

Entretanto, no Brasil, o enfrentamento do problema tem sido marcado entre tantas barreiras por uma herança cultural colonizadora que desde o início inseriu crianças negras e indígenas ao trabalho na lavoura, nos engenhos, nos domicílios senhoriais e nos mais diversos serviços. Em seguida, os reflexos da Revolução Industrial modificaram a forma do trabalho infantil e as crianças tornaram-se excelente estratégia de “produção” a custos mais baixos, especialmente na indústria têxtil.<sup>2</sup> Mais tarde, com a migração, a urbanização e a expansão do processo produtivo fincado em bases de busca permanente de redução de custos, concorrência e apropriação do trabalho gerador de riqueza, possibilitou a inserção progressiva de crianças nas mais diversas formas de exploração em atividades informais, na diversificada oferta de serviços e no comércio, para em seguida agravar-se quantitativamente e qualitativamente nas atividades ilícitas, consideradas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em sua Convenção n. 138 e adotadas em junho de 1973 em Genebra<sup>3</sup>, como as “piores formas” de trabalho infantil:

[...] toda e qualquer forma de escravidão e práticas análogas, exploração sexual infantil, o uso de crianças no narcotráfico e os trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.<sup>4</sup>

Além da herança colonizadora, muitos mitos arraigados na cultura brasileira dificultam o combate ao trabalho infantil, sendo tais mitos um desdobramento do preconceito e da conveniência financeira de se perpetuar o trabalho e a exploração infantil. Pode-se destacar, por exemplo, a premissa de que o trabalho distancia a criança da vadiagem, das drogas e da prostituição, pressuposto defendido pelas pessoas cujo nível de compreensão da realidade não ultrapassa o senso comum, haja vista que estudos e pesquisas realizados pelos organismos oficiais nacionais e internacionais (UNICEF, OIT, IBGE), bem como por Organizações Não Governamentais (ONGs) revelam exatamente o contrário. Crianças que trabalham não são protegidas pelos pais porque há um distanciamento progressivo da família e um falso sentimento de autonomia por parte da criança, bem como de permissividade por parte daqueles, associada à idéia de que trabalho vincula-se à responsabilidade e amadurecimento da personalidade. O que ocorre na realidade é uma forma de

abandono e de comodidade dos pais, fazendo com que a criança “queime” etapas da infância às quais têm direito e que nunca mais serão recuperadas, deixando seqüelas físicas e psicossociais que transbordarão na idade adulta.

É fato concreto que o trabalho afasta a criança não das drogas e da vadiagem, mas da escola. Elas até se matriculam, mas o trabalho torna-se prioritário, redundando nas freqüentes ausências às aulas e no descumprimento das atividades escolares, seja pelo desgaste físico, seja pela desvalorização da educação enquanto investimento de médio e longo prazo tanto no aspecto financeiro, como formadora integral da pessoa. A evasão escolar da escola pública brasileira que tem sido registrada por todas as pesquisas oficiais e identificada tanto no ensino fundamental como no médio está diretamente relacionada ao trabalho infantil. Essa é uma das conseqüências mais graves do trabalho precoce, haja vista que o comprometimento da educação bloqueia a qualificação profissional posterior, a ascensão a níveis mais elevados de escolaridade e, conseqüentemente, a patamares melhores de inserção futura no mercado de trabalho, elevação de renda e da qualidade de vida e de emancipação econômica.

Pessoas com baixa escolaridade no País, no plano político, significa a obtenção de um status de “subcidadania”, de desigualdade e do não usufruto do direito da democracia efetiva. Trabalho infantil é, portanto, fator determinante da condição de classe que no lugar de socializar ou educar profissionalmente a criança, desdobra-se no oposto a médio prazo, convertendo-se numa armadilha que favorece à marginalidade. É do conhecimento de todos os riscos aos quais estão expostas as crianças que trabalham na rua, pois ficam vulneráveis às influências de adultos inescrupulosos, às oportunidades criminosas e a riscos físicos e psicossociais.

Outro argumento utilizado como legitimador do trabalho infantil é a carência financeira familiar. É um argumento que não se sustenta porque em primeiro lugar, a criança tem o direito de ser suprida dos meios dignos de sobrevivência e não ela ser responsável por isso, evidenciando-se uma inversão de papéis. Na impossibilidade da família, cabe ao Estado suprir tal carência. Por segundo, os dados estatísticos revelam que a crise do mundo do trabalho já fez decrescer os ganhos dos trabalhadores adultos a níveis cada vez mais aviltantes, só justificando a utilização de mão-de-obra infantil se esta for contratada por valores ainda mais irrisórios, fato comprovado pela PNAD (IBGE, 2001) cujos dados revelam que 98,5% das crianças ocupadas percebem no máximo metade de um salário mínimo por mês. Dentre estas, há as que não auferem nenhuma remuneração financeira direta porque muitas vezes o contratante considera pagamento os custos efetuados pelo fornecimento de alimentação, moradia e eventualmente roupas (não raro usadas, descartadas por seus filhos). A ajuda financeira para a família, quando existe, não justifica o custo para a criança. Em todo caso, não se pode admitir que a miséria ou o desemprego dos pais, leve a criança à exploração e ao comprometimento de seu futuro.

Há ainda a apropriação indevida da perspectiva teórica crítica gramsciana<sup>5</sup> de educação, que consagra o trabalho como princípio educativo, perspectiva que embasou a constituição das escolas politécnicas. Tal perspectiva, entretanto, constituiu-se a partir de uma visão do trabalho associado à educação em ambiente planejado, supervisionado e protegido, além de ter como fim último o controle político da sociedade pelas classes populares através do domínio dos saberes técnico e científico por todos, indistintamente, portanto, em nada se assemelhando ao trabalho vil imposto às crianças na atualidade, que condiciona a sua sobrevivência a uma atividade ilegal e desumana.

O reconhecimento dos malefícios para a criança submetida ao trabalho é uma realidade e, graças a ele, desde a década de 80 organismos internacionais têm mais sistematicamente reunido esforços no combate ao trabalho infantil. O Brasil tem referendado os acordos e as convenções internacionais, bem como efetivamente adotado medidas concretas de combate e apoio à erradicação do trabalho infantil através da promoção, estímulo e apoio às várias iniciativas institucionais. Alguns avanços já foram registrados, mas é necessário ainda o conagraçamento de todos que puderem se engajar nessa luta.

Sensível à gravidade do problema a Coordenação-Geral do Curso de Direito da Faculdade Christus, através de sua Coordenação de Pesquisa, planejou uma estratégia para aliar-se à erradicação desta mazela social brasileira e especificamente do Estado do Ceará, desenvolvendo um projeto de pesquisa envolvendo professores e estudantes.

O Projeto contemplou as funções de estar em sintonia com a vocação institucional de responsabilidade social, conscientizou os alunos acerca deste grave problema social estimulando-os a se engajarem ativamente com vistas à formação de um futuro profissional politicamente envolvido com as questões da comunidade em que irá atuar e, ainda, ser suporte pedagógico para atividades acadêmicas que cumprem a função de formação complementar.

Assim, foi elaborado e desenvolvido tendo como objetivo mais abrangente integrar informalmente a Faculdade Christus numa rede estadual institucional de combate ao trabalho infantil, através da realização de uma pesquisa cujo produto seria uma cartilha informativa e formadora de opinião acerca desta grave questão social. Foi planejada uma tiragem de 500 exemplares da cartilha a serem distribuídos em escolas públicas para diretores e professores, com efeito multiplicador sobre pais e alunos em situação de risco social.

Em nível institucional interno tornou-se relevante por configurar-se em campo diferenciado para a prática de atividades complementares obrigatórias, para aqueles alunos que dispõem de menos tempo para realizá-las nas demais formas convencionais que a Faculdade disponibiliza, haja vista sua metodologia viabilizar a participação por meio eletrônico na realização da pesquisa.

O Projeto alinhou-se à matriz curricular do Curso de Direito por tratar-se de pesquisa que foi ao encontro de sua concepção pedagógica, cuja “grade” privilegia a compreensão e a defesa dos direitos humanos.

Para além desses fatores, constituiu alternativa de ampliação do saber jurídico dos alunos do Curso de Direito, despertando ainda, o sentimento de solidariedade pró-ativa no sentido modificador da realidade social, ultrapassando a solidariedade passiva, generalizada e afirmadora das condições estabelecidas. Possibilitou ao jovem estudante ser agente transformador, desmistificando o caráter “natural” das desigualdades e injustiças sociais, fazendo-os perceberem que a realidade é socialmente construída. Desse modo, foi ao encontro da perspectiva de formação integral que a Faculdade Christus se propõe possibilitar, que compreende os saberes técnico-científico, profissionalizante e ético em sua dimensão solidária e humana.

Por outro lado, a atividade de pesquisa, por si só, limita os objetivos do estudo porque esta deve conter objetivos pró-ativos, ou seja, os resultados devem subsidiar ações transformadoras da realidade. Esse é o momento seguinte à pesquisa, que, necessariamente, remete à atividade de extensão beneficiando mais ainda o aprendizado do estudante, além de desenvolver a consciência e a responsabilidade social.

Além da aderência acadêmica ao Projeto do Curso de Direito em sua dimensão ética porque enfocou uma questão relativa ao flagrante desrespeito aos direitos humanos, alcançou questões dogmático-jurídicas, na razão em que os alunos necessitaram estudar a legislação brasileira que trata do assunto, bem como aqueles que circundam toda a problemática da criança e do adolescente no Brasil. A metodologia conduziu-os à leitura e análise do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal brasileira.

Em relação à metodologia utilizada, é necessário esclarecer que as pesquisas desenvolvidas no campo do Direito, ainda que se submetam aos métodos empregados nas demais Ciências Sociais, devem também orientar-se pelas características da ciência jurídica. A metodologia pautou-se por método de abordagem empregado de forma abrangente pelos organismos internacionais e nacionais de combate ao trabalho infantil, de perspectiva crítica e dialética, radicalmente contra a qualquer tolerância das diversas formas que pode adquirir o trabalho infantil. Evidentemente, foram contemplados o método jurídico e suas variáveis, como definição de conceitos, emprego adequado de linguagem jurídica, entendimento do fato jurídico como preceito ideal e do fato social como mediação para a interpretação mais coerente daquele. Tal procedimento metodológico ancora-se em Marconi para quem

os conceitos jurídicos podem ser considerados os instrumentos de trabalho usados para identificar, mediante uma descrição sucinta, situações típicas caracterizadas por elementos comuns [...]. Esses conceitos são necessários e imprescindíveis para a solução de

problemas jurídicos, tornando possível pensar com clareza e racionalidade a extensão dos limites de um conceito.

Assim, foi indispensável situar o problema (objeto) do ponto de vista da ciência jurídica dogmática, na razão em que esta expõe os limites e as possibilidades legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre a questão do trabalho infantil, da legislação existente em termos de trabalho aprendiz, trabalho formal de menor, atividades classificadas como “as piores formas” etc.

Combinado ao método de abordagem jurídica, a perspectiva crítico-dialética (própria das Ciências Sociais) fundamenta-se na crença de que os fenômenos sociais contêm necessariamente contradições internas e externas, e que sua exterioridade apenas reflete um aspecto dele, o aspecto fenomênico, superficial, geralmente assumindo a forma que reverte os interesses dos segmentos mais fortes dessa relação contraditória. Tal perspectiva entende que a pesquisa deve direcionar-se no sentido de identificar essas contradições e que a realidade tal qual se apresenta, traduz apenas a sua possibilidade histórica de ser. Os fenômenos constituem-se de forças conflitantes provenientes dos fatores econômicos, políticos e socioculturais e estão permanentemente dependentes de tais fatores, como já demarcado na Introdução deste artigo.

Considerou-se a adoção do método dialético adequada, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro, ao tempo que tenta “regular determinada realidade social”, nem sempre está perfilada com a objetividade do fato social. Oliveira afirma que

O jurista não trabalha diretamente com as realidades sociais, mas sim com normas, isto é, com idéias normativas. É evidente que o jurista deve aplicar essas normas às realidades sociais concretas, tendo que conjugar o sentido das regras gerais com casos particulares. Sem dúvida o objeto da Ciência Jurídica Dogmática ou Técnica não é constituído de ações puras, de normas. Não enuncia realidades, antes especifica preceitos.

Foi a intenção de pesquisar a distância existente entre o ordenamento jurídico atual de proteção integral à criança e a realidade concreta vivenciada por mais de 5.000.000 (cinco milhões) de crianças brasileiras que estão inseridas atualmente no trabalho (efetividade da norma jurídica), que justifica a adoção da abordagem dialética.

Quanto aos métodos de procedimentos operacionais (técnicas), que constituíram as estratégias de coletas de dados, lançou mão dos seguintes instrumentos: pesquisa em meio eletrônico via Internet em documentos oficiais, publicações de ONGs voltadas para a problemática do trabalho infan-

til, estudos realizados pelos institutos de pesquisa oficiais, visitas a *sites* da UNESCO, OIT, Ministério Público do Trabalho, etc.; pesquisa bibliográfica, consulta e análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Constituição Federal Brasileira, de artigos científicos e revistas especializadas, além de livros, jornais, informativos, folhetos, etc); visitas a instituições envolvidas com o combate ao trabalho infantil e de defesa da criança e do adolescente (Delegacia Regional do Trabalho – DRT e Centro de Defesa da Criança e do Adolescente - CEDECA), entrevistas com representantes de fóruns estaduais e autoridades competentes.

Estratégia metodológica inovadora do estudo foi a divisão dos alunos pesquisadores em três grupos que convencionalmente foram denominados de Grupos A, B e C. O primeiro reunia os 10 alunos que participavam de forma presencial das reuniões realizadas todas às terças e sextas feiras à tarde, com as professoras orientadoras Sandra Helena Lima Moreira e Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques, respectivamente. Esse grupo tinha como tarefa ler, discutir e selecionar todo o material organizado pela equipe de apoio da Coordenação de Pesquisa que, por sua vez, os recebia dos alunos dos Grupos B e C. Mas, um processo natural de envolvimento com o trabalho redundou também no surgimento de material bibliográfico coletado pelo Grupo A, em iniciativas de trabalho de campo, visitas às instituições etc. Coube-lhe também a responsabilidade de participar da redação da Cartilha de formato mais acadêmico. Os Grupos B e C, constituídos de 5 alunos cada, responsabilizaram-se pela pesquisa propriamente dita, principalmente na internet. Reuniram aqueles alunos que não disponibilizavam de tempo para estarem presentes nas reuniões e foram de grande importância porque “alimentaram” o Grupo A com os dados colhidos via Internet, mas também com material bibliográfico.

Destaca-se que, ainda que não estivesse prevista uma pesquisa de campo, entrevistas foram realizadas com crianças que trabalhavam no Terminal de Transporte Coletivo situado no bairro Papicu, bem como dois garotos catadores de papel, estiveram no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade (local de trabalho da equipe de pesquisa), fazendo relatos de suas experiências.

Após a fase de coleta, discussão, triagem e análise dos dados, passou-se à elaboração dos resultados e produtos da pesquisa, os quais serão apresentados a seguir.

### 3 APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

Deve-se distinguir o que se considera resultado e produto da pesquisa. O primeiro refere-se ao que se consolidou como resultado da coleta e análise dos dados do objeto em foco. O outro, ao que foi produzido em consequência do primeiro: cartilhas, artigo e acervo.

Os resultados da pesquisa, em que pese seu foco ser o Estado do Ceará, inevitavelmente, contém muitas referências nacionais, porque o problema do trabalho infantil possui essa dimensão. Assim sendo, os conceitos, as análises colhidas acerca das conseqüências físicas e psicossociais para a criança, o amparo legal, os mitos, as barreiras econômicas e culturais que dificultam a erradicação do trabalho infantil, são comuns a todas as crianças brasileiras que se encontram nesta situação.

No que se refere ao Estado do Ceará, dados na PNAD (IBGE, 2001) indicam que existem 251.000 (duzentos e cinqüenta e uma mil) crianças e adolescentes inseridas no trabalho irregularmente, compreendendo a faixa etária de 5 a 17 anos<sup>8</sup>.

Em cada grupo de dez crianças que trabalham, duas não freqüentam a escola, fato que eleva a taxa de analfabetismo neste grupo para 20%, contra 7,6%, que é a taxa percentual nos grupos com a mesma faixa etária que não trabalham. Esse dado pode ser melhor visualizado com a informação de que o percentual de crianças que trabalham corresponde a 19% do total de crianças na mesma faixa etária.

O trabalho infantil é um dos grandes agentes responsáveis pela defasagem escolar, seja por repetência ou abandono e esta defasagem aumenta progressivamente em sentido diretamente proporcional a idade. No Estado do Ceará, aos 7 anos a defasagem é de 29,5%, aos 11, de 80,1% e aos 14, atinge o alarmante percentual de 88,1%.

Esse dado é relevante porque expõe as conseqüências devastadoras do trabalho infantil na idade adulta - que alguns consideram inexistentes e até positivas - porque é uma das causas da média baixa de anos de estudo da população economicamente ativa (PEA) do Estado. A média de anos de estudo no Ceará varia conforme a idade e apresenta a seguinte segmentação: de 7 a 10 anos, um ano e seis meses de defasagem; 11 a 14 anos, dois anos e nove meses; 20 a 24 anos, cinco anos e seis meses; e, mais de 25 anos, quatro anos. É a pior taxa do Brasil e todos sabem as limitações de inserção no mercado de trabalho que a baixa escolaridade representa.

O IBGE informa que, sem instrução, as chances de obtenção de uma atividade no mercado de trabalho (não necessariamente no mercado de emprego) são de 54,3% e, com instrução, de 82,7%. Deve-se considerar ainda que o Estado do Ceará é um dos três estados do Brasil com mais trabalhadores sem remuneração (aqueles que possuem uma ocupação de subsistência: agricultura, prestadores de serviços domésticos, etc.), que somam 386.000 (trezentos e oitenta e seis mil), perdendo somente para Maranhão e Pernambuco.

Revela ainda que dos componentes da PEA do Estado, 3.250.000 (três milhões e duzentos e cinqüenta mil pessoas), apenas 39,9% possuem carteira assinada, ou seja, 60,1% não usufruem dos direitos trabalhistas e estão desprotegidos da seguridade social que inclui a aposentadoria. É relegar-se uma população densa sem expectativas de vida digna da ancianidade.

Outro dado preocupante que atinge em cheio as meninas e, conseqüentemente, as mulheres adultas, emana do trabalho infantil doméstico, haja vista que é constituído por 97% de crianças do sexo feminino e cuja atividade possibilita o ingresso em idade muito baixa. O trabalho doméstico no Brasil, em que pese sua regulamentação ser diferenciada<sup>9</sup> obriga a formalidade da contratação, mas, no Estado do Ceará, 91,7% desses trabalhadores não têm carteira assinada, representando o quinto pior índice do País.

Como ocorre em todo o território brasileiro, no Estado Ceará o problema do trabalho infantil está relacionado ao desemprego e a baixa renda dos adultos. O índice de GINI, que é a medida do grau de concentração de uma distribuição, cujo valor varia de 0 (perfeita igualdade) até 1 (desigualdade máxima), é de 0,595, o sexto pior do País, e revela que a concentração de renda é um problema grave no Estado. Os 50% mais pobres acumulam apenas 15,2% dos rendimentos, enquanto o 1% mais rico concentra 16,1% do total. Os 40% mais pobres têm um rendimento médio de 0,55 salário-mínimo, enquanto os 10% mais ricos têm um rendimento médio de 11,63 salário-mínimo, ou seja, 21 vezes mais.

Este cenário desolador, entretanto, possui um alento que é a priorização da erradicação do trabalho infantil por todas as esferas de governo e tem surtido efetivamente efeitos positivos. Desde a década de 1990 que vem se implementando programas nacionais, estaduais e municipais de combate ao trabalho infantil, demonstrando haver vontade política de resolver o problema. O trabalho conjunto dos governos, de ONGs e das mais diversas instâncias de participações institucionais tem causado um efeito arrefecedor nos números que, em 1992 apresentavam 8.423.448 crianças entre 5 e 17 anos trabalhando no País, declinando em 2001 para 5.482.515, o que significa uma redução na média nacional em torno de 35 %. A criação do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), em 1996, pelo Governo Federal, foi uma medida de grande efeito inibidor porque privilegia as crianças inseridas no que se consideram as piores formas de trabalho infantil (atividades perigosas, penosas, insalubres ou degradantes) e estimula o abandono do mercado de trabalho e o ingresso na chamada “jornada escolar ampliada”. O Programa contempla crianças de 7 a 14 anos, cuja renda *per capita* da família não ultrapasse meio salário mínimo, concedendo uma bolsa criança-cidadã de R\$ 25,00 nas zonas rurais e R\$ 40,00 nos centros urbanos. São obrigadas a freqüentar as aulas e passam o resto do dia num centro do PETI, onde monitores desenvolvem atividades culturais, esportivas e de lazer. A família também é beneficiada pelo Programa através do qual, além de possibilitar a participação nas atividades sócio-educativas, pais e mães são qualificados através de oficinas profissionalizantes como corte e costura, cabeleireiro, bijuteria, entre outras.

No Estado do Ceará, o PETI foi implementado no ano de 2000 e os municípios pioneiros foram Guaiúba, Frecheirinha e Acaraú. Hoje são atendidos 92 municípios no Estado e assistidas 19.657 crianças e adolescentes (Jornal O Povo, 06.abr.05).

Outro órgão que tem desenvolvido um efetivo combate ao trabalho infantil no Estado é o Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA), uma organização não governamental fundada em 1994, como resultado da articulação de entidades da sociedade civil. O CEDECA trabalha com estratégias de mobilização social (formação e fortalecimento de redes, fóruns e parcerias, atividade de *lobby* e pressão política, comunicação na mídia e através de meios alternativos para divulgação de direitos e estímulo ao protagonismo social de comunidades vítimas de violação de direitos). Presta assistência jurídica em casos exemplares de violação aos direitos da criança e do adolescente, por meio de monitoramento e acompanhamento de ações no Poder Judiciário e capacitação de sujeitos sociais para conscientização de direitos, intervenções administrativas, etc. O CEDECA ainda atua na produção de conhecimento realizando pesquisas de indicadores relativos à criança e ao adolescente, bem como na pesquisa de doutrina e jurisprudência para efetivação de direitos.

A atuação da Delegacia Regional do Trabalho tem sido uma grande aliada na razão em que praticamente extinguiu núcleos de trabalho infantil escravo no interior do Estado, fiscaliza empresas, orienta e presta informações aos interessados quanto à ilegalidade do trabalho infantil. Registra-se a presteza com a qual uma representante desse órgão aceitou o convite da equipe desta pesquisa, vindo até o Núcleo de Prática Jurídica para prestar assessoria.

Muitas outras iniciativas poderiam ser citadas, mas os limites deste texto não permitem, devendo, a partir de agora, discriminar os produtos obtidos ao final do trabalho.

A pesquisa resultou em quatro produtos: o primeiro foi a elaboração de uma cartilha com a participação dos alunos do grupo A e organizada pelas Professoras Orientadoras Sandra Helena Lima Moreira e Roberta Lia de Araújo Sampaio Marque e da Coordenadora de Pesquisa do Curso de Direito, Prof.a. Fayga Silveira Bedê. Esta cartilha recebeu uma formatação mais densa e linguagem acadêmica, porque necessariamente seu conteúdo abrangeu todos os dados coletados durante a pesquisa e estes foram significativamente volumosos<sup>10</sup>. Encontra-se em fase de revisão e deverá ser depositada na hemeroteca (em mimeo), tão logo seja concluída.

Outro produto - o principal deles - é uma cartilha de formatação e linguagem mais "leves", ilustrada e que exerce atração pela aparência descontraída e conteúdo mais objetivo. Sua edição contempla uma das motivações para realização da pesquisa e deverá ser distribuída em escolas públicas do Estado do Ceará, privilegiando a cidade de Fortaleza, direcionada a diretores, professores e coordenadores pedagógicos, que têm a capacidade de gerar efeito multiplicador entre pais e alunos em situação de risco social. Se possível, será igualmente encaminhada às lideranças comunitárias dos bairros periféricos e comunidades muito carentes. Encontra-se em fase de ilustração e revisão final.

Há a idéia de se conjugar a distribuição da cartilha às palestras proferidas por alunos e professores nas escolas em oportunidades como reunião de pais e mestres ou outros eventos que se apresentarem adequados, mas tal idéia ainda não foi formulada em projeto. Primeiro, pretende-se concluir a impressão da cartilha para em seguida, operacionalizar sua distribuição.

O terceiro produto é este artigo que relata a pesquisa em seus aspectos ético, pedagógico e teórico-metodológico, agrega sinteticamente alguns dados e que tem o objetivo de ser divulgado com a comunidade acadêmica interna e externa.

Finalmente, todo o material bibliográfico coletado, reunido, organizado e catalogado, constitui-se em outro produto, que significa um rico acervo que estará à disposição para consulta na hemeroteca da Faculdade.

É importante destacar como a pesquisa desdobra-se em extensão. A distribuição da cartilha deverá contar com a participação dos estudantes, fazendo-os deslocarem-se até escolas públicas, comunidades carentes, associações comunitárias, etc., colocando-os em contato com realidades desconhecidas para a maioria, o que certamente contribuirá para sua formação ética e profissional, além, evidentemente, de “fechar” o ciclo do papel institucional de responsabilidade social. Os deslocamentos externos realizados durante a pesquisa já possibilitaram uma ação de esclarecimentos e conscientização quanto à ilegalidade do trabalho infantil, a incoerência da adoção de uma atitude de imobilismo diante de uma situação passível de denúncia, porque se configura em cumplicidade, as conseqüências e os riscos para as crianças que trabalham e os desdobramentos para toda a sociedade.

#### 4 CONCLUSÃO

A problemática do trabalho infantil é tema de extrema gravidade da sociedade brasileira e sua erradicação torna-se muito dificultada, porque enfrenta barreiras econômicas e socioculturais. Apesar de não deixar de se reconhecer o peso da primeira, as outras se legitimam demasiadamente sobre ela, na razão em que a falência econômica familiar da criança trabalhadora reforça preconceitos arraigados provenientes de raça, sexo e origem social. A carência material da criança trabalhadora e de sua família fez desenvolver na sociedade um sentimento generalizado de indiferença em relação ao trabalho infantil pela “naturalização” de sua ocorrência e uma percepção determinista que reverteu a lógica de responsabilidade que necessariamente deve existir na relação pais e filhos ou Estado, família e criança. Qualquer núcleo primário que se encontre em situação de risco social, são os pais quem devem se responsabilizar pela proteção e subsistência dos filhos e não o contrário. Na falta ou impossibilidade destes, cabe ao Estado prestar tal proteção e assistência.

Uma das mais graves conseqüências da reversão dessa lógica é a perpetuação multiplicada do problema cujas variáveis atingem indistintamente

a todos, porque o trabalho infantil de modo recorrente desloca a criança da escola para a marginalidade, mas a superficialidade do conhecimento do fenômeno inibe o reconhecimento dessa relação. Ao contrário, a concepção preconceituosa dos segmentos sociais mais aquinhoados acredita que o trabalho precoce agrega virtudes à personalidade adulta, desde que não recaia sobre “seus próprios filhos”, denotando concepções diferentes de educação, estilo de vida, amparo e acesso a atividades lúdicas para crianças pobres e abastadas. Significa a quebra do princípio da igualdade, expõe a inconsistência do individualismo e seu pressuposto de que os bens materiais são direitos “naturais”, conquistados por esforço próprio de cada um, resultando em cidadãos diferenciados pelo sistema, no qual uns usufruem de plenos direitos e outros devem se contentar em ser subcidadãos.

Uma evidência de que quando há vontade política é possível se reverter tal cenário mesmo em sociedades como a brasileira, cujo tecido social encontra-se extremamente fragilizado pela carência financeira, é a reversão dos níveis do trabalho infantil na década passada, que regrediu em torno de 35%. Considerada a década do desemprego porque absorveu os efeitos da reestruturação produtiva iniciada da década de 80, foi exatamente quando se implementaram políticas efetivas no seu combate a exemplo do PETI, levantamento de dados nacionais, regionais, estaduais e de mecanismos de apoio às instituições que quiseram se empenhar nessa luta, como as ONGs.

O atual Governo tem incrementado as intervenções no mesmo sentido, com programas de atenção não só à criança e ao adolescente, mas também às suas famílias.

Apesar dos avanços, há muito ainda a ser feito e é necessário o conagraçamento de todas as forças sociais possíveis que agreguem dinamismo às iniciativas oficiais. É um espaço de exercício da cidadania ativa que todos devem ocupar.

Esse foi o esforço que professores e alunos do Curso de Direito da Faculdade Christus empreenderam, por acreditarem no poder transformador da conscientização política aliada à prática que, no caso, tem como esteio a solidariedade humana, a tentativa de melhorar o futuro de milhões de crianças, mas acima de tudo, resgatar-lhes direitos constitucionalmente consagrados.

Para além das questões filosóficas, políticas e sociais, a pesquisa atingiu objetivos de inserção científica dos alunos do Curso de Direito, adotando metodologia inovadora que possibilitou a participação daqueles com limitações de tempo. A necessidade de pequenos ajustes não impede de se ratificar a técnica que resultou na reunião de rico material que “alimentou” os trabalhos dos grupos.

Os resultados do trabalho, além do crescimento teórico e do conhecimento mais objetivo para professores e alunos da problemática do trabalho infantil no Brasil e em especial no Estado do Ceará, são produtos que se desdobrarão em ações complementares no mesmo sentido.

A referência que se tem do sucesso na realização da pesquisa, dá a expectativa de que a divulgação da Cartilha em escolas públicas e instituições que atuam em sintonia com os objetivos do trabalho, fecharão o ciclo de uma real contribuição da Faculdade Christus na formação de seus alunos e no cumprimento da missão que assumiu de responsabilidade social na comunidade em que se insere.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Trabalho precoce: saúde em risco*. Brasília, DF, 2001.
- COSTA, Antonio Carlos Gomes da. O estatuto da criança e do adolescente e o trabalho infantil. Brasília, OIT, São Paulo: LTr, 1994.
- FRIGOTTO, Galdêncio. A produtividade da escola improdutiva. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- HILBIG, Sven. Trabalho infantil: dilemas e desafios. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/denunciar/Brasil\\_2001/Cap4\\_Trabalho\\_Infantil.htm](http://www.dhnet.org.br/denunciar/Brasil_2001/Cap4_Trabalho_Infantil.htm)>. Acesso em (dia, mês e ano)
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2001: trabalho infantil*. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2002.
- LINS, Maria Edlene. A atuação do ministério público do trabalho no combate ao trabalho infantil doméstico. *Revista Jurídica Consulex*, 2004 (número, mês, página inicial e página final).
- OLIVEIRA, Oris. *O trabalho infantil no direito brasileiro*. Brasília: OIT, 1994.
- SCHWARTZMANN, Simon. *Trabalho infantil no brasil*. Brasília: OIT, 2001.
- TIEMANN, Marisa. Aspectos jurídicos dos jovens no mercado de trabalho. *Fórum Jovem Século XXI: Educação, Formação Profissional e Empregabilidade*. (mimeo)
- VIDOTTI, Tércio José. *O trabalho infantil doméstico no brasil*. *Revista Jurídica Consulex*, 2004. (número, mês, página inicial e página final).

<sup>1</sup> Podem ser encontrados outros números apresentados pelo UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância e a Juventude), mas não há contradição entre eles, justificando-se a divergência pelo uso da metodologia empregada na pesquisa. A ONU considera criança todos entre 0 e 18 anos.

<sup>2</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Trabalho precoce: saúde em risco*. Brasília, DF, 2001, p. 20.

<sup>3</sup> As medidas adotadas pela Convenção n. 138 da OIT no Brasil foram aprovadas pelo Decreto Legislativo n. 179, de 14 de dezembro de 1999 e promulgados pelo Decreto n. 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, entrando em vigor em 28 de junho de 2002. Elas versam sobre a idade mínima de admissão ao emprego

e foram adotadas em junho de 1973. A Convenção n. 183 e a Recomendação n. 190 da OIT versam sobre a proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua eliminação, data de junho de 1999, foram aprovadas no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 178, de 14 de dezembro de 1999 e promulgadas pelo Decreto n. 3.597, de 12 de setembro de 2000, passando a vigorar em 2 de fevereiro de 2001.

<sup>4</sup> LINS, Maria Edlene. A atuação do ministério público do trabalho no combate ao trabalho infantil doméstico. *Revista Jurídica Consulex*, 2004, p. 30.

<sup>5</sup> FRIGOTTO, Galdêncio. A produtividade da escola improdutiva. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 180.

<sup>6</sup> MARCONI, *op. cit.*, p. 16.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Oris. *O trabalho infantil no direito brasileiro*. Brasília: OIT, 1994, p.12.

<sup>8</sup> Síntese dos Indicadores Sociais do IBGE, 2004.

<sup>9</sup> O trabalhador doméstico tem praticamente os mesmos direitos dos demais quanto ao salário mínimo, irreduzibilidade do salário, 13º salário, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais remuneradas, com acréscimo do abono de 1/3 antecipado - entretanto de 20 dias -, previdência social, licença maternidade, licença-paternidade, licença saúde, aviso prévio, aposentadoria e seguro-desemprego, vinculado ao pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) pelo empregador. No entanto, é opcional ao empregador pagar o FGTS.

<sup>10</sup> Todo o material coletado encontra-se sob a responsabilidade da Coordenação de Pesquisa do Curso de Direito, devendo posteriormente ser encaminhado à hemeroteca da Faculdade para catalogação e consulta dos interessados.

## CHALLENGING CHILD LABOUR: A NECESSARY CONFRONTATION

### ABSTRACT

The article tackles the issue of child labour in Brazil, joining the initiatives aimed at its eradication. The text presents some comments on the roots of child labour in Brazil, dating from Brazilian colonization and the slavery up to the present days, in which it remains a major problem. The author informs that perceiving the problem generated a research work involving professors and students from Christus College on the second semester of 2004, aimed at studying the reality of child labor in Ceará State. The research work generated four pieces of work: two leaflets, this article and a collection of books on child labour available at Christus College. The most important of these pieces are the leaflets, with more accessible language and format, to be distributed to teachers from public schools and community leaders and which are aimed at parents and children at risk of working prematurely. The article also presents the methodology used and the data on child labour in Ceará State, the strategies used to coordinate the research with the vocation for social

responsibility the institution has, the involvement of students and the links with other activities at the College.

### **KEYWORDS**

Child labour. Research, Prejudice. Civil rights. Education. Social exclusion.

### **LES DEFIS SUR LE TRAVAIL INFANTILE: UNE CONFRONTATION NECESSAIRE**

#### **RÉSUMÉ**

Cet article aborde la problématique du travail infantile au Brésil, s'ajoutant aux initiatives de son éradication. Il présente des explications pour l'existence du travail infantile dans le Pays qui se sont venus dès la colonisation brésilienne, passant par l'esclavage jusqu'aux jours actuels, dont les statistiques certifient être le problème encore de grandes proportions. Il s'agit aussi d'une constatation a pris au développement d'une recherche en impliquant des enseignants et des élèves du Cours de Droit de la Faculté Christus dans le second semestre de 2004, dont l'objet a été la réalité du travail infantile dans l'État du Ceará. Une telle recherche a résulté dans quatre produits: deux syllabaires, cet article et un accueil bibliographique sur travail infantile organisé, catalogué et à la disposition dans la hemeroteca de la Faculté. Le principal d'eux, néanmoins, est le syllabaire, de format et de langue plus accessible, qui devra être distribuée à des enseignants des écoles publiques et des directions communautaires, avec effet multipliant sur des parents et des enfants dans situation de risque social, ces derniers ce qui plus sont soumis au travail précocement. L'article expose la méthodologie entreprise, ainsi que des données du travail infantile dans l'État du Ceará, les stratégies de joint de la recherche avec la vocation institutionnelle de responsabilité sociale, l'engagement d'élèves et les liens avec l'extension universitaire.

#### **MOTS-CLÉS**

Travail Infantile. Recherche. Préjugé. Citoyenneté. Éducation et Exclusion Sociale.

# DIREITO DE SUPERFÍCIE

*Silvio de Salvo Venosa\**

1. Origem histórica. Conceito. Particularidades. 2 Direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Código Civil de 2002. 3 Direitos das partes. Pagamento. Transmissão do direito. Preferência. 4 Extinção.

## RESUMO

Origem histórica do direito de superfície. Conceito do direito de superfície. Direito de superfície e enfiteuse. Particularidades do direito de superfície. Direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Código Civil de 2002. Direitos das partes em decorrência do direito de superfície. Pagamento do direito de superfície oneroso. Transmissão do direito de superfície. Preferência ou preempção no direito de superfície. Extinção do direito de superfície.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito de superfície. Enfiteuse. Estatuto da cidade. Código Civil.

## 1 ORIGEM HISTÓRICA. CONCEITO. PARTICULARIDADES

O direito de superfície foi introduzido no Código Civil de 2002 com o intuito de substituir com vantagem a enfiteuse, em pleno desuso. Diferentemente da enfiteuse, a superfície é instituto de origem exclusivamente romana. Segundo as fontes mais evidentes, decorreu da necessidade prática de se permitir a construção em solo alheio, principalmente sobre bens públicos. Os magistrados permitiam que comerciantes instalassem tabernas sobre as ruas, permanecendo o solo em poder do Estado. Entre particulares, o direito de superfície estabelecia-se por contrato. Foi consagrado como direito real sobre coisa alheia na época clássica. Permitia-se a plena atribuição do direito de superfície a quem, sob certas condições, construísse em terreno alheio. Assim, passou-se a permitir que o construtor tivesse a obra separada do solo. No entanto, sob o ponto de vista romano, o direito de superfície apenas era atribuído a construções, não se aplicando às plantações em terreno alheio.

O instituto não foi introduzido no Código Civil francês, pois era visto como forma de manutenção da propriedade feudal. Originalmente, o revo-

---

\* Juiz aposentado do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Advogado em São Paulo/SP

gado Código Civil português também não reconheceu o direito de superfície, o qual somente foi introduzido na legislação lusitana por uma lei de 1948. No ordenamento português atual, também abolida a enfiteuse, o Código Civil lusitano conceitua a superfície como “*faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações*” (art. 1.542). Trata-se do direito de ter a coisa incorporada em terreno alheio.

O objetivo é mais amplo do que na enfiteuse, permitindo melhor utilização da coisa. O proprietário do solo mantém a substância do bem, pertencendo-lhe o solo, no qual pode ter interesse de exploração ou utilização do que dele for retirado. Terá esse proprietário, denominado *fundeiro*, a fruição do solo e do próprio terreno enquanto não iniciada a obra ou plantação pelo direito lusitano. O *superficiário* tem direito de construir ou plantar. O fundeiro tem também a expectativa de receber a coisa com a obra, se o instituto é estabelecido sob a modalidade temporária. Comenta Gonçalves sobre a importância prática do instituto:

muito particularmente como instrumento técnico-jurídico propulsor do fomento da construção, tão necessário, sobretudo, nos grandes centros populacionais, onde a carência habitacional alimenta, em boa parte dos que neles vivem, uma das angústias do seu quotidiano.

O superficiário assume a posse direta da coisa, cabendo ao proprietário a posse indireta. O fundeiro não pode turbar a posse do superficiário. Alguns aspectos marcantes podem ser destacados nesse instituto que apresenta riqueza de detalhes: a) há um direito de propriedade do solo, que é direito que necessariamente pertence ao fundeiro; b) há o direito de plantar ou edificar, o denominado direito de *implante*; e c) há o direito ao cânon, ou pagamento, se a concessão for onerosa. Depois de implantada, deve ser destacada a propriedade da obra, que cabe ao superficiário; a expectativa de sua aquisição pelo fundeiro e o direito de preferência atribuído ao proprietário ou ao superficiário, na hipótese de alienação dos respectivos direitos.<sup>2</sup>

O Código Civil de 2002 aboliu novas enfiteuses, introduzindo o direito de superfície gratuito ou oneroso (arts. 1.369 a 1.377), estabelecendo, contudo, obrigatoriamente o prazo determinado. O nosso ordenamento veda a modalidade perpétua. Não se confunde o prazo indeterminado com a perpetuidade. Cuida-se também de direito real limitado sobre coisa alheia, que apresenta inegáveis vantagens sobre a enfiteuse, embora com certa analogia com esta. Costuma-se apontar as cadeiras cativas, em estádios de futebol, assim como os camarotes privativos em teatros, como exemplo desse fenômeno. Permite a lei mais recente, da mesma forma, que o proprietário atribua a alguém a conservação de seu imóvel, por determinado prazo, mais ou menos longo, sem que o proprietário tenha o encargo de explorá-lo pessoalmente ou

mantenha ali constante vigilância contra a cupidez de terceiros. Nesse aspecto se aproxima muito da finalidade originária da enfiteuse.

Dispõe o art. 1.369:

“O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado. Mediante escritura pública devidamente registrada no cartório de registro de Imóveis.

Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.”

Trata-se, como menciona a lei, de uma concessão que o proprietário faz a outrem, para que se utilize sua propriedade, tanto para construir como para plantar. O Código Civil de 2002 se refere apenas ao direito de o superficiário construir ou plantar, não mencionando o direito correlato, referido pelo Código português, qual seja, o de manter no local as plantações ou construções já existentes. Afigura-se inafastável também essa possibilidade em nosso ordenamento, por participar da natureza do instituto, não havendo razão qualquer para restrição nesse sentido. Desempenha importante função social não só quem constrói e planta, mas também aquele que mantém plantações ou construções já existentes no terreno de outrem. Veja, por exemplo, a situação de um prédio inacabado que o superficiário se propõe a terminar. Trata-se do que a doutrina lusitana denomina direito de sobrelevação, que não contraria nossa legislação. Nesse sentido se coloca também o Estatuto da Cidade, como mencionaremos. Essa lei dispõe que o direito concedido é para o superficiário utilizar o solo, subsolo ou espaço aéreo, de forma geral. No direito italiano também se admitem as duas modalidades de concessão, para manter uma construção já existente ou para edificação de nova. O Projeto n. 6.960/2002, atendendo a esses aspectos, apresenta redação nova a esse dispositivo mencionando igualmente o direito de o superficiário executar benfeitorias em edificação, igualmente se referindo à utilização do solo, subsolo e espaço aéreo, na forma estabelecida em contrato e atendida a legislação urbanística.

Dá-se o nome de implante à obra ou plantação que decorre do direito de superfície, como já mencionado.

O contrato que estabelece a superfície somente gera efeitos pessoais entre as partes. A eficácia de direito real somente é obtida com o registro imobiliário. Nossa lei também deveria ter aberto a possibilidade de o testamento instituir essa modalidade de concessão, como faz o Código português. Como não o fez expressamente, o ato de última vontade pode impor ao legatário ou ao herdeiro o encargo de constituir o direito de superfície em favor de alguém. Nosso Código também não se refere à possibilidade de aquisição

de direito de superfície por usucapião, que poderia dar margem a infundáveis confusões, pois a disposição nesse sentido é criticada no direito português.

Como regra geral, em princípio o superficiário não pode utilizar o subsolo no sistema do Código Civil, salvo se essa utilização for inerente ao próprio negócio, como, por exemplo, a exploração da argila para fabricar tijolos ou a manutenção de uma adega para vinhos. Da mesma forma, se é autorizada uma construção de certa monta, o subsolo poderá ser utilizado para garagens, depósitos e outras finalidades como ocorre nos edifícios de última geração. É de toda conveniência que os interessados sejam claros no pacto a esse respeito, pois nem sempre restará implícita a necessidade de utilizar o subsolo. O mesmo se aplica ao espaço aéreo. Como vimos, a alteração proposta pelo Projeto n. 6.960 ao art. 1.369 refere-se expressamente à utilização do subsolo e do espaço aéreo.

O art. 1.377 menciona que o direito de superfície constituído por pessoa jurídica de direito público interno rege-se pelo Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial. Lembre-se que originariamente o direito de superfície deriva do direito administrativo, tendo sido absorvido pelo direito privado. Em princípio, no direito público, independente de lei especial, a concessão depende de licitação, lei autorizadora e contrato, como ocorria com o Decreto-lei n. 271/67, que regulamentava a concessão do direito real de uso. O art. 175 da Constituição Federal indica a necessidade de prévia licitação para a concessão de serviços públicos. A Lei n. 8.866/93, com as alterações da Lei n. 8.883/94, autoriza a Administração conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensando licitação, quando o usuário for outro órgão público. Se for pessoa fora da Administração Pública, a concorrência será de rigor.

Como exemplo claro do instituto da superfície, recorde-se as cadeiras cativas nos estádios, camarotes cativos em teatros, ancoradouros privados (marinas) etc.

## **2 DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ESTATUTO DA CIDADE E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), já mencionado, atravessou legislativamente o atual Código Civil em várias matérias, disciplinando também o direito de superfície, nos arts. 21 a 23. Essa situação obriga o intérprete definir a aplicabilidade de ambos os diplomas legais que abordam o mesmo instituto jurídico. O Estatuto entrou em vigor antes do Código Civil. É de se perguntar se o Código, posterior, derogou essa matéria do Estatuto. Esse estatuto constitui, sem dúvida um microsistema jurídico e, como tal, deve harmonizar-se com os Códigos. Assim, deve ser buscado o nicho social próprio sobre o qual se debruça o Estatuto da Cidade, como se faz, por exemplo, com o decantado Código de Defesa do Consumidor, certa-

mente o mais importante microsistema atual de nosso ordenamento. Ademais, o Estatuto da Cidade é Lei Complementar Constitucional. Desse modo, tudo é no sentido que esse estatuto vigora sobranceiro no seu alcance específico, qual seja o planejamento urbano. A matéria, contudo, é polêmica e longe está de uma unanimidade. O desleixado legislador poderia ter facilmente evitado esse entrave, estabelecendo uma diretriz legal única para esse instituto e para o usucapião, que é outra matéria trata nessa lei de alcance urbano.

De qualquer forma, como sua própria autodenominação, o Estatuto da Cidade dirige-se exclusivamente aos imóveis urbanos. O recente Código se aplicará sem rebuços aos imóveis rurais. Assim, o art. 21 dispõe:

O proprietário poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo indeterminado ou determinado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis”.

§ 1º “O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística”.

§ 2º “A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

Note que essa lei é expressa no sentido de poder o direito ser concedido por prazo determinado ou indeterminado. O presente Código Civil somente admite expressamente o prazo determinado. A possibilidade do prazo indeterminado é inconveniente, mormente porque o Estatuto não disciplina prazo razoável para a resilição. Assim, nesse prisma, temos dois tratamentos diversos para o mesmo instituto. De qualquer modo, quando o direito de superfície for concedido por prazo indeterminado, devem as partes se acautelar prevendo prazo razoável para a chamada denúncia vazia ou imotivada. Se não o fizerem, haverá certamente querela a ser dirimida pelo Judiciário, que deverá levar em conta o art. 473, parágrafo único do Código Civil. Aduz com propriedade Francisco<sup>3</sup> que, nesse caso de denúncia imotivada, o superficiário terá direito à retenção por benfeitorias e acessões até a satisfação da indenização, salvo no caso de hipótese motivada, de descumprimento contratual. O correto e o conveniente, contudo, é que o contrato já estipule a finalidade e destinação dos implantes em geral, construções, plantações, acessões, benfeitorias; pois esse aspecto é elementar ao direito de superfície.

Outra particularidade na dicção legal do estatuto é a menção à utilização do solo, subsolo e espaço aéreo. Se não há dúvidas quanto à utilização do solo e do espaço aéreo no atual Código, este restringe o uso de obra no subsolo, “salvo se for inerente ao objeto da concessão” (art. 1.369, parágrafo único). Em qualquer situação, contudo, deve ser avaliado se a utilização do

subsolo é essencial ao direito de superfície que foi constituído, mesmo porque, pela própria denominação do instituto, a utilização deve ser da superfície do solo. É claro que as fundações para a edificação devem ser consideradas necessárias para o exercício do direito. Da mesma forma, se foi contratada a construção de garagens ou pavimentos no subsolo, essa utilização deve ser admitida.

O art. 1.371 do Código de 2002 afirma que o superficiário responderá por encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária. O Estatuto da Cidade vai mais adiante, pois além de estipular essa responsabilidade tributária no art. 21, § 3º, acrescenta que o superficiário arcará, ainda, “*proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo*”. Essa mesma dicção é sugerida pelo Projeto n. 6.960/2002 para estar presente no Código Civil.

### 3 DIREITOS DAS PARTES. PAGAMENTO. TRANSMISSÃO DO DIREITO. PREFERÊNCIA

O contrato que institui a superfície pode ser gratuito ou oneroso. Na dúvida, há de se presumir a onerosidade, pois se trata de cessão de parcela importante da propriedade. O pagamento poderá ser feito de uma só vez ou parceladamente (art. 1.370). O dispositivo não aponta a periodicidade do pagamento. Quando o pagamento é parcelado e maior a frequência de periodicidade, mais se aproximará do arrendamento e mais se afastará da enfiteuse. Esse pagamento é denominado *cânon superficiário*. O Código português é expresso no sentido de o pagamento poder ocorrer em uma única prestação ou de forma anual.

A falta de pagamento pode dar margem à ação de cobrança e de extinção da concessão, por infração contratual.

O art. 1.372 (Estatuto da Cidade, art. 21, §§ 4º e 5º) dispõe que o direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. O contrato não pode obstar a sucessão *causa mortis*, tendo em vista a natureza do instituto. Para evitar abusos que certamente ocorreriam, na sucessão entre vivos não poderá ser estipulado, pelo proprietário, qualquer pagamento pela transferência, as chamadas luvas (art. 1.372, parágrafo único). Essa proibição não é mencionada no Estatuto da Cidade e pode dar margem à interpretação que não se aplica às concessões urbanas de superfície, o que não nos afigura o mais justo. O título constitutivo pode, contudo, proibir a cessão a terceiros por ato entre vivos, dentro da autonomia de vontade das partes.

No direito de superfície há também direito de preempção ou preferência, tanto no caso de alienação do imóvel como de cessão do direito de superfície (art. 1.373 do Código Civil; art. 22 do Estatuto da Cidade). Essa

preferência atende tendência natural de extinção de direito real sobre coisa alheia, tornando a propriedade plena. No primeiro caso terá preferência o superficiário e, no segundo, o proprietário, em igualdade de condições com terceiros. A finalidade desse direito de preempção é consolidar a propriedade em um único titular, quando possível. O Código não disciplina no capítulo específico a forma pela qual deve operar a preferência. O proprietário ou o superficiário deve tomar conhecimento da proposta respectiva para poder exercer sua preempção tanto por tanto. A preempção ou preferência é regulada no atual Código nos arts. 513 e seguintes. O art. 517 se refere ao prazo de 60 dias para os imóveis, para o exercício da prelação, após a notificação. Quando não for concedido esse direito de preferência, responderá aquele que deixou de concedê-la por perdas e danos, respondendo também, solidariamente o adquirente, se tiver agido de má-fé (art. 518). Não existe possibilidade de o preterido nessa preempção depositar o preço e haver para si a coisa, como autoriza expressamente, por exemplo, a Lei do Inquilinato. Não há dispositivo na lei que autorize que o direito de preferência na superfície tenha natureza de direito com efeito real. A situação fica, portanto, no âmbito dos direitos obrigacionais.

#### 4 EXTINÇÃO

Além das causas comuns de extinção, como, por exemplo, o desaparecimento da coisa, há que se analisar as situações específicas que afetam a concessão da superfície.

A falta de pagamento do cânon é causa de rescisão, levando-se em conta o que estiver estabelecido no contrato. Deve ser examinado se é dado ao superficiário purgar a mora. A resposta deve ser afirmativa, como regra geral. A discussão se desloca para o momento ou termo final no qual a mora ainda pode ser purgada.

Estabelecido o pacto por prazo determinado, o advento do termo final extingue o direito, em obediência à comezinha regra geral. Já observados a matéria ao mencionar a possibilidade de prazo indeterminado no Estatuto da Cidade. Questão que logo se planta no pacto estabelecido por prazo determinado é saber se a relação jurídica se prorroga por prazo indeterminado se as partes não se manifestam no final e se, também, a situação de uso e gozo do direito de superfície se mantém inalterada e continuativa. A questão é importante mormente no tocante a terceiros adquirentes e ao direito de preferência. A solução que se afigura mais adequada é entender que no silêncio das partes o contrato passa a vigorar por prazo indeterminado, assim como a eficácia real. O caráter de permanência dos direitos reais em geral não permite outra solução. Assim, nessa premissa, haverá necessidade de notificação para a extinção do negócio, com prazo razoável, segundo as circunstâncias, conforme expusemos. Incumbe às partes que tenham o devido cuidado na redação das cláusulas. Enquanto não cancelado o registro imo-

biliário, o direito de superfície prossegue gerando efeitos *erga omnes*. O art. 24, § 2º do Estatuto da Cidade, dispõe que a extinção do direito de superfície será averbada no cartório do registro de imóveis. Essa extinção também pode decorrer de sentença em processo no qual a matéria foi discutida.

O direito de superfície também pode ser extinto por infração às cláusulas contratuais e as normas gerais do instituto. O art. 1.374 menciona que “*antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela que foi concedida*”. A mesma regra está presente no Estatuto da Cidade (art. 24, § 1º). Não se trata, porém, da única possibilidade de denúncia motivada. A superfície pode ser rescindida igualmente, por exemplo, se o imóvel é deixado em estado de abandono, permitindo o superficiário sua deterioração. Outras infrações contratuais podem ocorrer, cujo exame da gravidade dependerá do caso concreto. O Estatuto da Cidade menciona expressamente que o direito de superfície extingue-se pelo advento do termo e “*pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário*”. Apesar de ser um direito real, a concessão será sempre regida pela dicção contratual. Levando em conta esse aspecto, o Projeto n. 6.960/2002 acrescenta no art. 1.374 que a resolução da superfície se dará, além da hipótese de destinação diversa pelo superficiário, também pelo descumprimento contratual.

Uma vez extinta a concessão superficiária, o proprietário readquirirá a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, salvo se as partes não tiverem estipulado o contrário (art. 1.375 do Código Civil; art. 24 do Estatuto da Cidade). A presença do superficiário ou de seus prepostos ou familiares no imóvel, depois de extinta a concessão, caracteriza posse injusta, que autoriza a reintegração de posse.

Ocorrendo desapropriação do imóvel concedido, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um (art. 1.376). Haverá, portanto, uma avaliação bipartida. Se as obras e benfeitorias pertencerem integralmente ao superficiário, a ele caberá, portanto, o seu respectivo valor.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

GONÇALVES, Augusto Penha. *Curso de direitos reais*. 2. ed. Lisboa: Universidade Lusfada, 1993.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

---

<sup>1</sup> *Curso de direitos reais*. 2. ed. Lisboa: Universidade Lusíada, 1993, p. 423.

<sup>2</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p.466.

<sup>3</sup> *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001, p. 178.

## **SURFACE LAW**

### **ABSTRACT**

The origin of surface law in history. The notion of surface law. Surface law and former legal definitions on the use of land, namely the so-called “Enfiteuse”. Singularities of surface law. Surface law in the City Statute and in the 2002 Civil Code. The rights of the parties due to surface law. Payment of onerous surface law. Transfer of surface law. Preferences in surface law. Ending surface law.

### **KEYWORDS**

Surface law. “Enfiteuse”. City Statute. Civil Code.

## **DROIT DE SURFACE**

### **RÉSUMÉ**

Origine historique du droit de surface. Concept du droit de surface. Droit de surface et emphyteuse. Particularités du droit de surface. Droit de surface dans le Statut de la Ville et dans le Code Civil 2002. Droits des parties para conséquence du droit de surface. Paiement du droit de surface onéreux. Transmission du droit de surface. Préférence ou droit de préemption dans le droit de surface. Extinction du droit de surface.

### **MOTS-CLÉS**

Droit de surface. Emphyteuse. Statut de la ville. Code Civil.

# REPENSANDO O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO BRASIL (À LUZ DO DIREITO COMPARADO)\*

Valeschka e Silva Braga\*\*

Introdução. 1 A necessidade de promoção dos direitos fundamentais. 2 A proteção brasileira contra as omissões do legislador. 2.1 Quanto ao órgão julgador. 2.2 Quanto aos legitimados. 2.3 Quanto à matéria. 2.4 Quanto aos efeitos. 3 A ação de inconstitucionalidade por omissão serve apenas como um instrumento didático e de pressão do legislador?. 4 Mandado de injunção: garantia de eficácia dos direitos fundamentais? 5 Brevíssima análise no Direito Comparado. 6 Alguns argumentos para a maior efetividade das decisões do Supremo nas ações diretas de constitucionalidade por omissão. Síntese conclusiva.

## RESUMO

Reflexões sobre o controle de constitucionalidade por omissão brasileiro à luz de alguns mecanismos utilizados em outros países e de argumentos passíveis de utilização pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de expor a necessidade de promover a completa efetividade das normas constitucionais.

## PALAVRAS-CHAVE

Controle de constitucionalidade. Brasil. Omissão legislativa. Estudo comparado. Necessidade. Efetividade. Norma constitucional.

## INTRODUÇÃO

É possível iniciar o presente trabalho afirmando que o controle de constitucionalidade das leis é destinado a salvaguardar a supremacia constitucional, assim como os direitos fundamentais. A idéia de controle da omissão do legislador vai bem no sentido desta salvaguarda, pois o seu objetivo é efetivar normas constitucionais, dentre as quais figuram diversas relativas a direitos fundamentais, conforme, por exemplo, o art. 5º, XXIX, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).<sup>1</sup>

\* Este trabalho consiste em um aprofundamento do tema de uma conferência apresentada pela autora, em 29/3/05, no Master em Direito Público da Universidade Paris XI – Sceaux, Faculdade Jean-Monnet.

\*\* Advogada da União atualmente licenciada para Curso na Universidade Paris I – Sorbonne; Mestre em Direito Público (UFPE); autora de diversos artigos publicados em Revistas jurídicas e do livro *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004; Professora de Direito Constitucional da Faculdade Christus, Fortaleza/CE.

A bem da verdade, a perspectiva que se pretende dar a esta reflexão é limitada a algumas perspectivas comparativas em relação ao controle de constitucionalidade exercido contra as omissões do legislador, sem deixar, obviamente, de destacar os aspectos peculiares da jurisprudência e da legislação pátrias e salientar a sua participação no processo de promoção e proteção dos direitos fundamentais.

De maneira alguma se teve por escopo esgotar o tema ou apenas trazer elementos inteiramente novos. Pretende-se, no entanto, repensar, ou mesmo reforçar, algumas perspectivas do controle de constitucionalidade por omissão do legislador, notadamente no que diz respeito à sua efetividade para fins de produção de leis que venham a suprir a falta de regulamentação de norma constitucional.

Convém salientar, no entanto, que se limitará o campo do presente trabalho ao controle de constitucionalidade exercido no âmbito federal, excluindo-se, portanto, o realizado sobre as omissões estaduais e distritais em relação às respectivas Constituições, embora muito do que se vai tratar se aplique também às inércias legislativas porventura existentes nas entidades federativas (inclusive na esfera municipal).

## 1 A NECESSIDADE DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo as lições do saudoso professor Louis Favoreu<sup>2</sup>, a proteção dos direitos fundamentais deve ser assegurada contra os Poderes Executivo e Legislativo, não apenas pelos juízes ordinários, como também pelos juízes constitucionais e, ainda, pelos juízes internacionais.

Neste sentido, a Emenda Constitucional n. 45/2004 promoveu um avanço ao incluir no art. 5º que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (§ 4º Incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004), fazendo valer a disposição constitucional transitória prevista desde 1988 (art. 7º), segundo a qual nosso país propugnaria “pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

De toda forma, se o intuito, aqui, é de tratar da omissão do legislador, convém fazer a distinção entre proteção e promoção. Esta é voltada resolutamente para o futuro, tendo, portanto, um objetivo preventivo, porque está a impedir que os direitos fundamentais sejam violados. Pode-se dizer que

quanto à proteção, ela se interessa mais ao que está feito ou está prestes a se fazer. Por conseguinte, é ancorada no presente e voltada para o passado. O seu objetivo é restituir a ordem das coisas, quando esta é incomodada por um ato atentatório aos direitos do homem. Tem um objetivo curativo.

É necessário dizer que os mecanismos de controle de constitucionalidade por carência do legislador são freqüentemente de pro-

moção e de proteção dos direitos fundamentais, pelo seu caráter declarativo e, às vezes, de orientação do conteúdo.

De acordo com Karel Vasak, um ato de proteção deve ser considerado como um *remédio*, se tiver:

1. *Um ato introdutório desta proteção na ordem jurídica.* Ora, no Brasil, o controle de constitucionalidade por omissão ou carência do legislador está previsto nos artigos 102, I, *a*, e 103, §2º, da Constituição Federal, pela *via direta ou concentrada*. Pode-se dizer, ainda, que o referido controle, encontra-se disposto, em sua forma *indireta* ou *por via de exceção*, no art. 5º, LXXI, para os casos em 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”, hipóteses de cabimento do *mandado de injunção*.

Por conseguinte, há uma *natureza constitucional* desta proteção, sendo estes mecanismos<sup>4</sup> provenientes do poder constituinte originário.

2. *Previsão dos autores do ato protetor.* Há, certamente, nas ordens jurídicas onde está previsto o controle de constitucionalidade das omissões do legislador, o estabelecimento dos titulares dos recursos, quer seja conferida titularidade individual, quer institucional, conforme se terá oportunidade de verificar nos ordenamentos rapidamente analisados, no item 5.

3. *O responsável para o exame da infração.* Com efeito, é prevista a intervenção jurisdicional no controle referido. No Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup> julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 102, I, CF/88), mas a competência varia de órgão judiciário na hipótese de mandado de injunção.<sup>6</sup>

4. *Definição dos destinatários do remédio.* No Brasil, eles podem variar segundo a natureza do ato solicitado. A omissão legislativa pode partir tanto do órgão do Poder Legislativo, quanto do Executivo. Se parece estranho se falar em inércia “legislativa” por parte deste, convém lembrar que, nos termos da nossa Constituição Federal, o Presidente da República tem a *iniciativa* privativa dos projetos de lei relacionados no art. 61, §1º<sup>7</sup>, bem como *iniciativa* dos projetos do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais (art. 165, I a III, CF/88), diligência que integra o processo legislativo.

5. *Os resultados poderiam tomar a forma de simples comunicação ou recomendação, de determinação de uma tomada de decisão, do estabelecimento de um relatório, de uma conciliação.* Ainda em relação ao controle de constitucionalidade por omissão do legislador brasileiro, as consequências imputadas podem variar de acordo com a natureza do órgão estatal. De fato, em caso de provimento na respectiva Ação Direta, o Supremo *deverá* dar ciência à autoridade competente, quer legislativa, quer administrativa. No entanto, diferem os efeitos da decisão cientificatória.

Em caso de autoridade administrativa, o Supremo *determina* que a omissão seja suprida em 30 (trinta) dias. Há, pois, uma verdadeira *ordem* para deliberar.

Se tratar de inércia da função legislativa propriamente dita, o Supremo Tribunal apenas científica o respectivo órgão que deve ser sanada a inatividade, limitando-se a uma espécie de «reconhecimento» da sua omissão. Nesta hipótese encontra-se a referente à competência privativa do Chefe do Poder Executivo para o desencadeamento do processo legislativo.<sup>8</sup>

De fato, o Supremo já decidiu, em diversas oportunidades que “*não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister*”.<sup>9</sup>

No que diz respeito ao mandado de injunção, durante muito tempo o Supremo Tribunal equiparou os seus efeitos ao da ação direta por omissão, simplesmente tornando ineficaz aquela garantia constitucional. Entretanto, conforme se verá posteriormente, houve avanços, e, mesmo que se esteja diante de uma situação de ausência de ato legislativo complementador de uma norma que enseje a impetração do *writ*, é possível ao STF conceder efeitos diretos ao impetrante, suprimindo, em parte, o amargo gosto da carência regulamentadora (cf. item 6).

6. *A prova da violação.* Normalmente “a proteção está em prol de uma pessoa que se encontra numa situação onde considera não se beneficiar plenamente do gozo dos direitos que lhe são reconhecidos por uma norma interna ou internacional”.<sup>10</sup> Releva salientar que o interessado, quer na ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI) por omissão, quer no *mandado de injunção*, deve comprovar que a ausência de norma inviabiliza a eficácia de uma norma constitucionalmente prevista, não sendo cabível, no entanto, contra a omissão de atos concretos<sup>11</sup>, nem contra a inércia relativa.<sup>12</sup> É necessária, ainda, a prova de superação de um *tempo razoável*<sup>13</sup>, quer pelo escoamento do prazo previsto pela própria Constituição<sup>14</sup>, quer pela existência de uma mora reconhecida (que podem ser descartadas na pendência de projetos de lei).<sup>15</sup>

Importante ressaltar, ainda, que somente as normas constitucionais de eficácia limitada<sup>16</sup> são suscetíveis de promover a sanção pela inércia do legislador, afinal, as normas de eficácia plena e contida produzem efeitos desde a sua entrada em vigor.

De resto, é necessário notar que o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal enuncia que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são aplicáveis imediatamente. No entanto, estas normas, pelo seu conteúdo mesmo, podem, eventualmente, atribuir à lei o cuidado de organizar o princípio que elas contêm.<sup>17</sup>

Há, por conseguinte, a possibilidade que normas constitucionais tidas pela Constituição como de aplicação imediata restem carentes de uma

legislação posterior para realizar as suas respectivas eficácias, *v. g.* art. 5º, XXXII<sup>18</sup>, CF/88.

Isso não afasta o caráter promotor dos direitos fundamentais integrado aos mecanismos de controle da inércia do legislador, mesmo porque é reconhecida a vinculação deste àqueles.<sup>19</sup> Aliás, em outros países, o simples fato de existir este controle viabiliza uma maior efetivação dos direitos fundamentais.<sup>20</sup>

## 2 A PROTEÇÃO BRASILEIRA CONTRA AS OMISSÕES DO LEGISLADOR<sup>21</sup>

É possível enunciar uma idéia aceita em todo lugar: garantir um direito é enunciá-lo, reconhecê-lo, mas também é prever seu respeito. Por conseguinte, é necessário assegurar através de mecanismos adequados, que a sua violação cesse, seja pela restituição dos direitos, seja pela justa indenização.<sup>22</sup>

Ora, a Constituição brasileira, a fim de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais que enuncia, previu mecanismos contra a inércia legislativa. Se por um lado, ela inovou criando o *mandado de injunção*<sup>23</sup>, que pode intervir cada vez que a ausência de uma norma regulamentadora torne impraticável o exercício de uma liberdade, de uma prerrogativa ou de um direito constitucional inerente à nacionalidade, à cidadania ou à soberania popular (art. 5º, LXXI), ela também previu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.<sup>24</sup>

É necessário, entretanto, distinguir o *mandado de injunção* e a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. Estes dois instrumentos do sistema brasileiro, ambos inovação do constituinte de 1988, têm por objeto a proteção contra as omissões de regulamentação dos artigos da Constituição, mas têm diferentes partes, não são necessariamente julgados pelo mesmo órgão judicial, e as matérias sobre as quais podem incidir o mandado de injunção são bem mais estritas.

### 2.1 Quanto ao órgão julgador

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão de órgãos administrativos e legislativos federais somente pode ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, I, *a*, da Constituição Federal.

O *mandado de injunção*, por sua vez, pode ser impetrado em diferentes órgãos judiciários, sendo a competência definida de acordo com a autoridade impetrada. Assim, ele pode ser julgado, nos termos da Constituição de 1988, pelo (1) *Supremo Tribunal Federal* (art. 102, I, *q*, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuída ao Presidente da República; ao Congresso ou uma das suas Câmaras separadamente ou mesmo de suas respectivas Mesas; ao Tribunal de Contas da União, a uma das Cortes Superio-

res, ou, ainda, ao próprio STF); ou, *a fortiori*, art. 105, I, *h*, *in fine* (2) por *órgãos da Justiça Militar*, da (3) *Justiça Eleitoral* (cf. também, art. 121, §4º, V), da (4) *Justiça do Trabalho* e da (5) *Justiça Federal*; ou pelo (6) *Superior Tribunal de Justiça* (art. 105, I, *h*), na hipótese de omissão seja imputada a órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos das competências acima elencadas, tendo, portanto, este último, competência residual.

## 2.2 Quanto aos legitimados

Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade pode ser ajuizada por todos os legitimados previstos no art. 103, incisos I a IX<sup>25</sup>, o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa (física ou jurídica) que se sentir prejudicada pela falta de norma regulamentadora que ponha em cheque o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

## 2.3 Quanto à matéria

O mandado de injunção possui objeto material limitado, pois somente pode ser impetrado, conforme já destacado, em caso de ausência de norma regulamentadora seja referente a: direitos e liberdades constitucionais, ou a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Já a ação direta de inconstitucionalidade não possui limite material, podendo ser ajuizada em relação a qualquer norma constitucional que esteja carente de regulamentação. Ela, no entanto, está sujeita à comprovação da pertinência temática<sup>26</sup> de alguns dos legitimados previstos no art. 103 (Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelo Governador do Estado ou do Distrito Federal, por confederações sindicais ou por entidades de âmbito nacional).

Não caberia, portanto, mandado de injunção contra a falta de regulamentação do art. 153, VII, da Carta de 1988, a menos que se admita que é um “direito constitucional” ver-se a cobrança de imposto sobre as grandes fortunas, tendo em vista o princípio da capacidade contributiva (insculpido no §1º do art. 145 sob a denominação de *capacidade econômica do contribuinte*), argumento de frágil sustentação e difícil admissão pelo Judiciário. Entretanto, nesta mesma hipótese, seria cabível a ação direta por omissão, simplesmente porque resta configurada a inércia legislativa, mesmo que falte iniciativa pelos legitimados universais.

## 2.4 Quanto aos efeitos

Assim, o mecanismo contra a omissão do legislador realizado pela respectiva ação direta encontra-se incluída no controle de

constitucionalidade abstrato ou concentrado, enquanto o exercido pelo mandado de injunção assemelha-se ao controle concreto ou por via de exceção, com algumas restrições, por exemplo:

1) Os efeitos da decisão na ADI são *erga omnes* e vinculantes.

2) Não cabe recurso extraordinário da decisão proferida no mandado de injunção, ou seja, a competência revisional do Supremo Tribunal resta limitada. Entretanto, nos termos do art. 102, II, *a*, *in fine*, CF/88, o referido *decisum* seria suscetível de recurso ordinário perante o STF, mas apenas na hipótese de ser o mesmo decidido em única instância por algum dos Tribunais Superiores, *se denegatória a decisão*.

3) Não seria possível, ainda, a ampliação dos efeitos *inter partes* a todos (*erga omnes*), realizado pelo Senado através de Resolução (cf. art. 52, X, CF/88). É que, se este ato visa à “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, resta óbvio que não se aplica aos casos de reconhecimento de ausência de regulamentação constitucional, por meio do mandado de injunção.

Apesar destas diferenças, o Supremo Tribunal, infelizmente, na quase totalidade dos casos onde foi questionado pelo *writ*, deu-lhe uma interpretação muito estreita... segundo a qual os efeitos da decisão do mandado de injunção seriam os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>27</sup>, ou seja, em diversas ocasiões ele julgou que nada mais poderia fazer que comunicar a carência legislativa, porque não lhe caberia intrometer-se no domínio discricionário do legislador, sob pena de atentar contra a separação dos poderes (dogma que pode ser suplantado, conforme se verá em item seguinte).

### 3 A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO SERVE APENAS COMO UM INSTRUMENTO DIDÁTICO E DE PRESSÃO DO LEGISLADOR?

A Constituição brasileira emprestou do constitucionalismo português o mecanismo de controle direito da inconstitucionalidade por omissão, que supõe uma ação direta incluída na competência do Supremo Tribunal Federal (artigo 103, §2º, CF/88) para declarar que há uma inércia do poder público, inviabilizadora de eficácia de uma norma constitucional<sup>28</sup>, não havendo limites quanto à matéria envolvida.

Em outras palavras, a Constituição abre aqui o caminho a um controle de constitucionalidade que recai, não sobre uma ação positiva julgada contrária ao texto constitucional, mas sobre uma omissão.

No entanto, a declaração de inconstitucionalidade não possui nenhuma eficácia jurídica direta porque, tanto o Tribunal Constitucional português quanto o Supremo Tribunal Federal brasileiro consideraram não poder subs-

tituir-se ao legislador na produção das normas, mesmo que a inércia deste esteja inviabilizando a própria a eficácia da Constituição.

Para ilustrar este entendimento, convém transcrever uma das decisões em que o Supremo Tribunal avalia os efeitos da inconstitucionalidade por omissão:

**A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.**

- Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.<sup>29</sup> (Grifo nosso)

Em Portugal, no entanto, em várias situações o legislador parece ter levado em conta as decisões do Tribunal Constitucional, quer para legislar após as declarações de inconstitucionalidade por omissão, quer para prevenir esta mesma modalidade de ação.<sup>30</sup>

Surpreendeu-nos, entretanto, que o Tribunal Constitucional português tenha depositado tanta confiança na regulamentação legislativa que, no Acórdão n. 36/90<sup>31</sup>, tenha decidido não dar por verificada a omissão da medida prevista no artigo 241, n. 3, da Constituição da República (CR) (correspondente, com nova redação, ao artigo 240º, após a revisão de 1997), em virtude da simples existência de processo legislativo em curso, sem qualquer garantia de seu termo final.<sup>32</sup>

Aliás, no próprio acórdão citado o Tribunal argumenta que a dúvida acerca da existência de omissão, pela simples apresentação de projeto ou proposta de lei, para efeitos de declaração de inconstitucionalidade, pode ser afastada pela mera aprovação, embora só na generalidade, da iniciativa legislativa que, “deverá considerar-se, em regra, suficiente para tal efeito”.

Surpresa agradável, no entanto, foi verificar que o referido projeto foi convertido na Lei n. 49, de 24 de agosto de 1990, relativa às consultas diretas aos cidadãos eleitores em nível local. Em outras palavras, a simples proposta da ação fez com que o Poder Legislativo agilizasse sua atuação, tanto que, menos de dois meses após a decisão do Tribunal Constitucional, mesmo não declaratória da inconstitucionalidade (pelos motivos acima expostos), a norma faltante foi editada.

No Brasil, tem-se a sensação que as decisões da Corte brasileira não trouxeram os mesmos efeitos morais ou educativos....

Entretanto, se observarmos mais atentamente, também no Brasil existe exemplo de evidência deste valor pedagógico. Por exemplo, em virtude da decisão de procedência parcial da ação proferida na Ação direta n. 2061/DF<sup>33</sup>, julgada em abril de 2001, o então Presidente da República apressou-se em propor projeto de lei de revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais (obrigatória anualmente após a promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98) - que se transformou, poucos meses mais tarde, na Lei n. 10.331, de 18/12/2001<sup>34</sup> -, mesmo que ele não estivesse exercendo funções administrativas e, portanto, não tenha sido submetido à fixação do prazo de 30 (trinta) dias, para a tomada de providências, nos termos do parágrafo 2º do art. 103, CF/88.

No que diz respeito à maioria das situações omissivas declaradas através de ação direta, não trouxe efeitos práticos aos indivíduos. Convém lembrar que, para evitar maiores riscos provenientes da delonga do processo decisório do controle de constitucionalidade concentrado, o que poderia atingir diretamente os direitos fundamentais é conferida a faculdade ao Supremo de conceder uma medida conservatória, denominada *medida cautelar*, para determinar a suspensão imediata dos efeitos do ato normativo ou legislativo impugnado.

Mas, em uma decisão de 1990, o STF firmou entendimento segundo o qual:

o Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não de omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política. (entretanto) **a suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão<sup>35</sup> estatal inadimplente, de que esta em mora constitucional.** (Grifo nosso.)

Esta posição é suscetível de críticas. Ora, se a inconstitucionalidade de uma lei pode ser constatada provisoriamente, mais acentuada e clara é a existência de inércia legislativa! Ademais, se o Supremo, através de uma medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, se limitasse, como se limita no respectivo julgamento do mérito, a encaminhar um alerta ao órgão omissor de que precisa legislar, nada impediria a concessão da medida nesta ação.

Eis que, numa decisão de 1989, em sede de mandado de injunção, o Supremo considerou que à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não há impedimento a “que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.”<sup>36</sup> Assim, se a continuidade dos referidos processos pode ser nociva (*periculum in mora*) e é possível uma constatação sumária da omissão (*fumus bonis juris*), não há justificativa juridicamente válida para a ausência de concessão de medida caulelar nem no *writ*, nem na ADI por omissão.

De qualquer forma, outras considerações ainda precisam ser feitas acerca da inércia legislativa. Assim, analisados alguns aspectos mais intrigantes do controle abstrato de constitucionalidade por omissão brasileiro, convém se questionar se o mandado de injunção realmente promoveu ou garantiu os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

#### 4 MANDADO DE INJUNÇÃO: GARANTIA DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Esta ação *sui generis* deveria permitir ao Poder Judiciário regulamentar as condições de exercício de um direito constitucional, de uma liberdade fundamental ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, a soberania e à cidadania, se a inexistência de uma norma regulamentar tornar o impossível gozo da referida liberdade ou prerrogativa.<sup>37</sup>

Trata-se de um instrumento por intermédio do qual alguém pode insurgir-se contra a inércia ou a carência regulamentar dos órgãos constitucionais (tais como Chefe do Executivo, uma das Câmaras Legislativas ou o próprio STF), responsáveis da omissão constitucional consistindo a não proceder à regulamentação de uma disposição constitucional que atribui direitos individuais cujo exercício efetivo não seria suscetível de ser assegurado na referida regulamentação.

Conforme destacado anteriormente (item 2, tópico 1) o Supremo Tribunal Federal não tem competência exclusiva para julgar este tipo de ação. Com efeito, a competência é estabelecida de acordo com a autoridade omissa.

Também já foi destacado, em parágrafo final do item 2, que o Supremo teve predominante em sua jurisprudência uma interpretação bastante restritiva desta garantia constitucional. Exemplifica-se: ao julgar sobre a necessidade de regulamentação dos dispositivos contidos no artigo 7º, incisos I e XXI da *Lex legum*, sobre a proteção da relação de emprego contra a despesa arbitrária ou sem justa causa, o pedido foi parcialmente rejeitado, simplesmente porque o Tribunal limitou-se a comunicar a falta ao Congresso, solicitando-lhe a supri-la.<sup>38</sup>

O próprio Supremo Tribunal Federal se encontra em evolução no sentido de que:

EMENTA: Constitucional art. 8º, §3º do ADCT Anistia. Reparação econômica àqueles que foram impedidos de exercerem, na vida civil, atividade profissional. Portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica. **Mora do Congresso Nacional.** Projetos de lei vetados pelo Chefe do Poder Executivo. **Writ pretende a mudança de orientação deste tribunal, para que este fixe os limites da reparação e acompanhe a execução do acórdão. O tribunal decidiu assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, a fixar o valor da indenização.** Mandado de injunção deferido em parte. (Grifo nosso.)

E não parou aí a evolução da jurisprudência do mandado de injunção no sentido da maior efetividade de seus efeitos. De fato, sobre a mesma norma transitória constitucional, o Supremo teve a oportunidade de assentar:

1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que “a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, “*hic et nunc*”, de uma situação de inatividade inconstitucional.” (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 - Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou “aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais

favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do “quantum” devido. 4 - Mandado de injunção deferido em parte. (Grifo nosso.)<sup>40</sup>

Observe-se que este mandado de injunção n. 562-RS foi deferido em parte, importando salientar que restaram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que tinham entendimento no sentido de concessão da ordem em maior alcance, não apenas reconhecendo a mora legislativa em editar a norma prevista no § 3º do artigo 8º do ADCT, como admitindo, em consequência, “assegurar aos impetrantes o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão a ser proferida.”

Por fim, saliente-se que, se ao mandado de injunção se aplica, *mutatis mutandis*, a legislação referente ao mandado de segurança<sup>41</sup> nada impediria, ao olhos de quem ora escreve que, em caso de procedência do pleito, fosse feito/concedido pedido de suspensão *da injunção* deferida<sup>42</sup>, bem como a aplicação de dispositivos da Lei n. 1.533/51, desde que o *writ* não estivesse tramitando perante o STF (hipótese em que não haveria possibilidade de recurso de apelação), tais como:

Art. 12. Da sentença, negando ou concedendo o mandado cabe apelação.

Parágrafo único. A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

Art. 13. Quando o mandado for concedido e o Presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.

Lembre-se que, em sendo mantida a posição atual do Supremo, não poderia ser concedida liminar em mandado de injunção, pelos motivos expostos pelo STF quanto à impossibilidade de deferimento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme já exposto no item 3 (vide Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 267 MC/DF).

Ademais, se são aplicáveis, ainda pela aplicação subsidiária das disposições relativas ao mandado de segurança e pela mesma razão pela qual foi

editada a Súmula 266<sup>43</sup> do STF - usurpação de competência constitucional do órgão do Poder Judiciário ao qual esta foi atribuída -, seria cabível mandado de injunção apenas se a ausência de norma regulamentadora prejudicasse diretamente o impetrante ou seu representado/substituído.

Ultrapassadas as primeiras considerações acerca do controle de constitucionalidade por omissão, inicia-se, agora, a uma sucinta análise no Direito Comparado, para que, após, se apontem sugestões de avanços da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade abstrato por omissão do legislador.

## 5 BREVISSIMA ANÁLISE NO DIREITO COMPARADO<sup>44</sup>

Outros países prevêm uma proteção contra a omissão do legislador, mas todos possuem características ora aproximativas, ora distanciadoras do sistema brasileiro. Em Portugal e na Venezuela, por exemplo, existe previsão de um controle abstrato ou direto, em que os Tribunais Constitucionais são os únicos órgãos competentes para decidir.

Por outro lado, embora na Áustria, na Espanha e na Itália não exista um norma constitucional expressa autorizadora deste tipo de controle, os respectivos Tribunais constitucionais têm empregado, segundo nos ensina Jorge Miranda<sup>45</sup>, “técnicas apuradas de interpretação e integração, que resultam em sentenças aditivas, criativas ou apelativas”, que produzem resultados muito semelhantes à fiscalização abstrata da inércia legislativa. Na verdade, os mecanismos previstos nestes países produzem efeitos até mais eficazes que aqueles do controle direto ou concentrado anunciados, por exemplo, no Brasil, em Portugal e na Venezuela.

Na Alemanha<sup>46</sup>, por sua vez, há previsão de um recurso constitucional individual contra as carências legislativas que impedem o exercício dos direitos fundamentais, conforme se terá oportunidade de tratar nas linhas que se seguem.

O *recurso constitucional* alemão é de competência do Tribunal Constitucional, podendo ser interposto por todo aquele que considera-se lesado em um dos seus direitos fundamentais proclamados pelo Título I da Lei Fundamental ou um dos seus direitos garantidos pelo art. 20-4 (direito de resistência); art. 38 (direito de sufrágio); art. 101 (direito ao juiz natural) e art. 104 (liberdade individual):

A fonte da violação é estendida de forma compreensiva, pois ela trata de qualquer ato jurídico ou de comportamento material ou carência [omissão] imputável ao poder público, o que quer dizer nomeadamente que um recurso constitucional pode ser interposto<sup>47</sup> contra uma lei, um ato administrativo ou uma decisão de justiça.

Para a admissibilidade do recurso constitucional alemão, o requerente deve ser atingido pessoalmente nos seus direitos de maneira direta e atual. Deve, ainda, também ter esgotado as vias comuns (pelo menos se existirem).

Se o Tribunal Constitucional Alemão compreender que o recurso constitucional foi bem fundado, pode revogar a decisão contestada, o que pode conduzi-lo a declarar a nulidade de uma lei ou mesmo a suprir uma omissão do poder público.

Referência clássica do exercício deste recurso para fins de controle da omissão do legislador é a decisão de 29 de janeiro de 1969, na qual o Tribunal Constitucional, diante da previsão constitucional do art. 6º, alínea 5, que prevê a igualdade de tratamento entre os filhos “naturais” e os provenientes do casamento, já tendo fixado prazo para que o legislador atuasse, estabelecera, ainda, que caso não o fizesse, caberia aos tribunais regulamentar a situação no sentido de conceder os benefícios previstos na legislação aos descendentes derivados de um matrimônio aos que não foram nascidos na mesma situação institucional (BEGUIN, 1982, p. 284-289).

A decisão de 29 de janeiro de 1969 serviu para que o *Bundesverfassungsgericht* desse satisfação ao requerente no sentido de assegurar uma indenização, como se ele fosse um filho legítimo, à luz do disposto no art. 6º, alínea 5, da Lei Fundamental tedesca e no Código Civil alemão (art. 1712). Por outro lado, ajudou a que o legislador agisse, após vinte anos de omissão regulamentatória, pois a legislação faltante foi adotada alguns meses depois da decisão comentada: em 19 de agosto do mesmo ano.<sup>48</sup>

O *amparo espanhol*<sup>49</sup>, por sua vez, também é um recurso individual que deve ser interposto necessariamente no Tribunal Constitucional. Constituem fundamentos deste instrumento os artigos 53-2 e 161-1, “b”, da Constituição Espanhola.

Nos termos da Lei sobre o Tribunal Constitucional Espanhol<sup>50</sup>, o *amparo* pode ser intentado por todo aquele que se considerar lesado em um dos direitos de primeira linha (quais sejam: os previstos nos arts. 14 e os previstos no Título primeiro, capítulo II, seção 1 – art. 15 à 29, do Texto Fundamental<sup>51</sup>), aos quais convém acrescentar o direito à objecção de consciência (reconhecido pelo art. 30 da respectiva Constituição<sup>52</sup>), por um ato sem força de lei emanado das Assembléias parlamentares (art. 42), por um ato jurídico ou material proveniente da Administração (art. 43) ou por uma decisão de justiça (art. 44), todos os artigos citados, da respectiva Constituição.

A lei orgânica exclui do campo deste recurso de *amparo* a interposição direta contra a lei. Contudo o seu artigo 55-2 prevê o temperamento seguinte: “se a câmara do Tribunal Constitucional [único competente em matéria de *amparo*] considerar que o ato que lhe é submetido viola os direitos constitucionais, porque foi tomado em aplicação de uma lei inconstitucional, pode desencadear na frente da Assembléia Plena [correspondente ao Tribu-

nal Pleno brasileiro] do Tribunal Constitucional [competente em matéria de controle de constitucionalidade das leis], um procedimento de controle das normas relativas à lei em questão”<sup>53</sup>. Em outras palavras: nesta hipótese, o próprio tribunal pode, de ofício, desencadear o julgamento de um incidente de constitucionalidade.<sup>54</sup>

Entretanto, se existirem outras vias de recursos ordinários para a garantia do direito, o requerente somente pode demandar perante o referido tribunal depois de esgotá-los.

Na *Colômbia*, há também um *recurso individual*, em caráter subsidiário, para proteger as pessoas das omissões das autoridades públicas, mas este recurso é interposto perante o juiz comum. Contudo a decisão deste juízo fica sujeita à revisão do Tribunal Constitucional.<sup>55</sup>

Enfim, no que diz respeito à iniciativa individual contra as omissões do legislador, é necessário recordar que o *mandado de injunção*, ao contrário dos recursos alemão e colombiano, e do amparo espanhol, não exige esgotamento das vias recursais.<sup>56</sup>

Além disso, o mandado de injunção possui órgãos competentes variados para a sua apreciação, conforme se observa nos artigos 102, I, *q*, 105, I, *h*, e 121, §4º, V, da Constituição Federal de 1988, e tem limites materiais diferentes do *amparo*, e dos *recursos constitucionais* alemão e colombiano. No entanto, como já visto, ele possui “amarras” jurisprudenciais que estes outros não têm.

No que diz respeito ao controle abstrato, em Portugal, embora a decisão no referido controle não tenha efeitos normativos, sendo limitada, lá como aqui, à comunicação da inércia legislativa ao próprio legislador, desenvolveu jurisprudência que tem servido como orientação no sentido de que o órgão omisso acelere sua atividade, adotando, o mais rapidamente possível, a legislação faltante. Pode-se citar como exemplos:

a) No acórdão n. 276/89, o Tribunal Constitucional<sup>57</sup> entendeu não verificada a omissão de medidas legislativas necessárias<sup>58</sup> para tornar exequível o art. 120/3, da Constituição<sup>59</sup>, por ter sido publicada entretimes a Lei n. 34, de 16 de julho de 1987.<sup>60</sup> Nestas circunstâncias, o processo legislativo parece ter sido desencadeado por influência do ajuizamento da ação referente ao processo n. 23/87, em 3 de fevereiro de 1987, que culminou no referido acórdão.

b) Em outro acórdão, de n. 182/89<sup>61</sup>, o Tribunal Constitucional decidiu dar “por verificado o não cumprimento da Constituição por omissão da medida legislativa prevista no n. 4 do seu artigo 35, necessária para tornar exequível a garantia constante do n. 2 do mesmo artigo”.

Apesar de terem sido notadas iniciativas legislativas entre 1979 e 1987, nenhum dos projetos ou propostas de lei obteve sucesso. Somente com a Lei

n. 10, de 29 de abril de 1991, a Lei de Proteção de Dados Pessoais face à Informática, a omissão foi efetivamente suprida, tendo sido criada a Comissão Nacional de Dados Pessoais Informatizados e definidos os que deve entender-se por “dados pessoais”.

Na discussão dos projetos de lei de que veio a resultar, *dois anos* depois da decisão, a Lei n. 10/91, no entanto, foi mencionado o referido acórdão, tendo sido referido que o Tribunal Constitucional exprimira que “sem uma lei mediadora que definisse o ‘conceito de dados pessoais para efeitos de registo informático’ e sem saber quais são esses dados pessoais proibidos não era, como não é, possível proibir com rigor o acesso a eles”.

Assim, apesar de demora no reflexo legislativo da decisão do Tribunal, há de se pensar que é *menos má* uma regulamentação tardia que a inexistência total de legislação permissiva da aplicação de preceitos constitucionais, conforme tem rotineiramente acontecido no Brasil.

O exemplo *teoricamente* melhor elaborado atualmente é o da *Venezuela*. Com efeito, a Constituição de 1999 <sup>62</sup> prevê que o Tribunal constitucional tem a autoridade de fazer a declaração de inconstitucionalidade por omissão, mas também *pode estabelecer o prazo para que o legislador preencha o seu dever de legislar e fixar os parâmetros da lei futura, nos limites, obviamente, do direito, in verbis:*

Artigo 336. [...]

7. Declarar a inconstitucionalidade das carências do poder legislativo das comunas, estatais ou cidadão, quando não editaram regras ou medidas indispensáveis para a garantia do cumprimento desta Constituição, ou editou-o de maneira incompleta, e estabelecer o prazo e, se necessário, os parâmetros da sua correção (tradução da autora).

A inconstitucionalidade por carência do legislador na Venezuela pode ser derivada do descumprimento dos mandatos concretos para que legislador adote determinadas leis, do incumprimento do conteúdo mínimo estabelecido pela Constituição, da violação do dever de proteção dos direitos constitucionais, assim como a previsão de discriminações não fundadas no princípio de igualdade.

Poder-se-ia questionar se tal modelo não acabaria por acarretar ofensas aos princípios da legalidade e da separação de poderes, tão caros aos Estados Democráticos. Propõe-se, então, acrescentar alguns argumentos para respaldar o controle de constitucionalidade por omissão, tal como concebido na Venezuela, e que poderiam servir para um eventual desenvolvimento da efetividade das decisões pelo Supremo Tribunal Federal.

## 6 ALGUNS ARGUMENTOS PARA A MAIOR EFETIVIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO NAS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Relembre-se que, ao se falar em separação de poderes, o que se pretende é uma preponderância de funções nas mãos de determinados órgãos e não a exclusividade. Tanto é assim, que o Legislativo também possui atribuições julgadoras, conforme se depreende do art. 52, I e II, da Constituição de 1988.

Por outro lado, o Executivo também exerce determinadas funções legislativas, quer diretamente no processo legislativo, através do exercício da iniciativa privativa em determinados projetos de lei (art. 61, §1º, da Constituição Federal, cf. nota de rodapé n. 8) e do veto (art. 66, CF/88), quer por meio da expedição de medidas provisórias (art. 62 da Carta Magna).

A função legislativa também não é estranha ao Poder Judiciário, que tem a iniciativa privativa de projetos de lei nos casos de (art. 96, CF/88): criação de novas varas judiciárias (I, *d*); modificação do número de membros dos tribunais inferiores (II, *a*); a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver (II, *a*)<sup>63</sup> a criação ou extinção destes tribunais (II, *b*); a alteração da organização e da divisão judiciárias (II, *d*).

Além disso, em virtude da sua autonomia financeira, compete aos tribunais elaborar suas “propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias” (art. 99, §1º), a serem encaminhadas pelos Presidentes do Supremo e das demais Cortes Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais, no âmbito da União (inciso I<sup>64</sup>). Entretanto, prevê atualmente a Constituição que,

Art. 99. [...]

§ 3º. Se os órgãos referidos no § 2º **não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias**, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo.

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites **estipulados na forma do § 1º**, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Parágrafos incluídos pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Grifo nosso.)

Ora, está impregnada na nossa idéia de *separação de poderes* um sistema de freios e contrapesos, em que “*le pouvoir arrête le pouvoir*”, célebre frase de Montesquieu que indica a auto-limitação dos poderes.<sup>65</sup>

Aliás, é possível afirmar que por esta teoria não se defende uma separação total dos “poderes”, na qual cada função seria atribuída com exclusividade. Montesquieu, a bem da verdade, defendia uma especialidade do exercício das funções públicas, desde que não houvesse acúmulo destas nas mãos de um só. Ora, os órgãos estatais devem ter “sempre em nome da liberdade, a faculdade de estatuir (decidindo positivamente) e de refrear (agindo negativamente)”<sup>66</sup>. Sendo assim, *em caso de abuso, quer por excesso, quer por carência, outro dos Poderes deve intervir*.

Eis que a modificação constitucional acima citada, promovida pela EC 45/2004, reflete bem esta preocupação, pois, mesmo *em caso de omissão* da remessa de proposta orçamentária, que se configura em *fase preliminar do processo de elaboração da lei orçamentária anual*, o Poder Executivo respectivo, simplesmente considera os valores aprovados na lei orçamentária vigente, observadas as balizas estipuladas conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

Ora, no caso da omissão legislativa, o Poder Constituinte originário previu que caberia ao órgão máximo do Poder Judiciário resolver a controvérsia. E não é possível resolvê-la efetivamente se o julgador cruza os braços diante da reiterada inércia do legislador.

É que, conforme destacou-se anteriormente, o Supremo Tribunal, interpretando literalmente o disposto no art. 103, § 2º, da Constituição, entendeu que não poderia estabelecer prazo para que o legislador expedisse a norma regulamentadora, não tendo, por outro aspecto, se considerado competente para expedir, ele mesmo, uma decisão normativa.<sup>67</sup>

Ora, imaginar que apenas o legislador possa completar a norma constitucional é simplesmente ignorar o poder interpretativo e integrativo dos juízes, o que também pode ser considerado como ofensa ao princípio da separação de poderes.

Isto significa, ainda, que o Poder Legislativo possui uma supremacia superior à da própria Constituição, embora tenha nela obtido a atribuição de suas funções, pois permite que dispositivos constitucionais permaneçam sem eficácia, pela sua inércia.

Em outras palavras, a vontade do legislador (poder constituído) de permanecer inativo acaba prevalecendo sobre a vontade da Constituição (poder constituinte da organização dos próprios poderes do Estado) de ser efetivada.

Ademais, deve-se lembrar que o Poder Legislativo não pode ser exercido ao bel prazer de quem o ocupa, sem o comprometimento indispensável com a efetividade constitucional e com os anseios de quem ele representa! Com efeito, se ele possui discricionariedade, esta possui limites na própria Constituição e mesmo na *lógica do razoável*.<sup>68</sup>

A inconstitucionalidade por omissão deve, sim, acarretar uma sanção para o legislador: a momentânea perda da faculdade de complementar a norma constitucional de eficácia limitada em prol de um papel integrativo do juiz, que poderá, portanto, excepcionalmente, emitir decisão de caráter normativo, que valerá até a edição da lei proveniente do seu real titular, a saber: o poder legislativo. E isto é válido também para o caso da autoridade administrativa competente não expedir o ato normativo no prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 103, §2º da Constituição, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

O que se propõe, portanto, não é a completa tomada do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, mas a tomada de medidas emergenciais para suprir a omissão regulamentadora.

Aliás, mesmo Kelsen<sup>69</sup> reconhece que existem “casos em que o tribunal atua como legislador e cria Direito substantivo”, sem mesmo “estar obrigado por nenhum Direito substantivo preexistente”, pois “o Direito que veio a existir por meio de um ato livre de criação também é Direito”. Ora, se “anular uma lei é ditar uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade de sua produção [...] e, portanto, uma função legislativa”<sup>70</sup>, já existe claramente uma mínima atribuição legiferante do Judiciário.

Com efeito, o Supremo deveria expedir apenas um mínimo de normas indispensável a que se efetivasse a norma constitucional, deixando ao legislador *marginem de apreciação* para determinar o momento em que poderia expedir regulamentação completa.

Obviamente, cautelas devem ser observadas. Por exemplo:

1. Se a lei não pode atentar contra a coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, isso quer dizer que a sentença *normativa* emanada do Poder Judiciário não poderia ser revestida desta característica, pois seria suscetível de ser alterada por legislação superveniente. Na verdade, o Supremo estaria praticando muito mais um ato político que judicial, tanto quanto o faz, nas ações diretas de inconstitucionalidade, no usufruto de suas funções de *legislador negativo*.

Por outro lado, a decisão no controle de constitucionalidade por omissão produziria efeitos como se lei fosse e, em face do princípio da *irretroatividade* das leis, não poderia a legislação posterior, mesmo emanada do Poder Legislativo, retroagir para prejudicar também as situações já consolidadas, tais como ato jurídico perfeito e sentenças revestidas de coisa julgada.

2. A decisão não poderia onerar direta ou indiretamente o orçamento público.

De fato, se na hipótese, o Poder Judiciário atua como substituto *emergencial* do Legislativo, aquele não pode fazer mais do que este, onerando

o orçamento público quando o projeto for de iniciativa *exclusiva* do Chefe do Executivo, nos termos do art. 63, I, CF/88 (que ressalva, no entanto, o disposto no art. 166, § 3º e § 4º do texto constitucional<sup>71</sup>) e nos “projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público” (art. 63, II, CF/88).

A situação, obviamente, difere se o julgador se encontrar diante de mandado de injunção, tendo em vista que, não tendo este *writ* efeitos genéricos, a decisão pode ensejar, inclusive, efeitos pecuniários, conforme já decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal (cf. item acerca anterior acerca do referido mandado).

3. Também não poderia a decisão normativa, por força da preservação do princípio da legalidade estrita em matéria penal, prever crimes ou cominar penas. No que diz respeito ao âmbito tributário, haveria impedimento de criação ou majoração de impostos.

4. Outros limites e cautelas precisariam, ainda, ser levantados, mas, por hora, convém passar adiante em outros aspectos, se não esta modesta contribuição jamais chegará ao fim.

## SÍNTESE CONCLUSIVA

O presente artigo teve por escopo promover um repensar do controle de constitucionalidade por omissão. Com efeito, espera-se ter contribuído minimamente a uma reflexão, à luz de alguns mecanismos utilizados em outros países e de certos argumentos apresentados, acerca da necessidade, que deve ser sentida pelo Supremo Tribunal, em promover *efetivamente* a força normativa da Constituição.

Lembre-se que a inconstitucionalidade pode ser declarada quer em um processo perante a jurisdição ordinária (controle concreto ou por via de exceção), quer em processo específico de impugnação em tese (controle direto ou abstrato) perante o Supremo Tribunal Federal, tendo o julgador a possibilidade de determinar, de acordo com a necessidade de preservação da segurança jurídica ou de relevante interesse social, a modulação da repercussão jurídica (efeitos) da norma incompatível com a Constituição.

Por fim, também no controle da omissão legislativa deve ensejar produção de efeitos jurídicos práticos para o impetrante do mandado de injunção e, em caso de ajuizamento de ação direta, para todos os prejudicados com a inércia do poder público. Não admitir esta possibilidade acarretaria uma “subversão hierárquica das normas, com a falência da supremacia constitucional, visto que o legislador ordinário se arroga o poder de impedir que um direito conferido pela lei maior opere seus efeitos”<sup>72</sup>.

## REFERÊNCIAS

### 1. Bibliográfica

ALMEIDA, Luis Nunes de. Les effets des arrêts du Tribunal Constitutionnel. In : *La justice constitutionnelle au Portugal*. BON, Pierre et alli. Collection droit public positif. Paris: Economica, 1989, p. 402-403.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAZÁN, Victor (Coord.). *Inconstitucionalidad por omisión*. Bogotá: Temis, 1997.

BEGUIN, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en république fédérale en Allemagne*. Paris : Economica, 1982.

BON, Pierre. Exemplarité des atteintes du tribunal constitutionnel espagnol. In: *La justice constitutionnelle en Espagne*. BON, P.; MODERNE, F. et RODRIGUEZ, Y. Collection droit public positif. Paris: Economica, p. 66-148, 1989a.

\_\_\_\_\_. *Présentation générale (Partie II - les éléments de spécificité)*. In : *La justice constitutionnelle au Portugal*. BON, Pierre et alli. Collection droit public positif. Paris : Economica, p. 148-159, 1989b.

BRITO, Miguel Nogueira de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da; e ARAÚJO, António de. *A execução das decisões do tribunal constitucional pelo legislador*. Relatório do Tribunal Constitucional Português no Encontro dos Tribunais Constitucionais de Itália, Espanha e Portugal, realizado em Roma, em Maio/2001. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020201.html?modelo=normal>. Acesso em 10 jan. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CASAL H., Jesús M. La protection de la Constitution frente a las omisiones legislativas. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 9. ed. Montevideo: Konrad- Adenauer-Stiftung, 2003, p. 33-82.

CHEVALIER-GOVERS, Constance. Le droit à la protection des données à caractère personnel: un droit fondamental du XXI<sup>ème</sup> Siècle? In : *Enjeux et perspectives des droits de l'homme: l'odyssée des droits de l'homme*. Tome III. Paris: l'Harmattan, 2003, p. 75-96.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAVOREU, Louis et alli. *Droit constitutionnel*. 6 ed. Collec. Précis. Paris: Dalloz, 2003.

GOMES, Joaquim Barbosa. *La cour suprême dans le système politique brésilien*. Paris: LGDJ, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MBAYE, Keba. *Les droits de l'homme en afrique*. Paris: Pedone, 1992.

MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel*. Col. Droit fondamental. Paris: PUF, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, t. II.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

RODRIGUEZ, José Julio Fernández. *Inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998.

RODRIGUEZ, Yves. Le tribunal constitutionnel espagnol et les traités internationaux. In: *La justice constitutionnelle en Espagne*. BON, P.; MODERNE, F. et RODRIGUEZ, Y. Collection droit public positif. Paris: Economica, 1989, p. 211-249.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 6 ed. México: Porrúa, 1981.

TACITO, Caio. Les nouvelles garanties. In: *La nouvelle république brésilienne: études sur la Constitution du 5 octobre 1988*. Actes du Colloque 5, 6 et 7 octobre 1989 au Sénat (Paris). Collection droit public positif. Paris: Economica, 1991, p. 170-193.

## 2. Jurisprudências

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Decisão de 29 de janeiro de 1969. 8, I, p. 10 e ss.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 19/AL. Rel. Min. Aldir Passarinho. Diário da Justiça, Brasília, DF, 14/04/89, p. 5456.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 2.516/AC. Rel. Min. Ilmar Galvão. Diário da Justiça, Brasília, DJ de 15/03/2002.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 2.061/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Brasília, DF, 29/06/2001, p. 33.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 1.484/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, DF, 28/08/2001.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 1.458-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, DF, 20/09/96, p. 34531.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 1.439-MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, DF, 20/09/96, p. 34531.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 889/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça, Brasília, DF, 22/04/94, p. 8941.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 267 MC/DF, Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, DF, 19/05/95.

\_\_\_\_\_. Mandado de Injunção n. 608 QO/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça, Brasília, DF, 25/08/00, p. 60.

\_\_\_\_\_. Mandado de Injunção n. 562/RS, Rel. Acórdão Min. Ellen Gracie, Diário da Justiça, Brasília, DF, 20/06/2003, p. 58.

\_\_\_\_\_. Mandado de Injunção n. 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, Diário da Justiça, Brasília, DF, 24/05/02, p. 55.

\_\_\_\_\_. Mandado de Injunção n. 361-1/RJ. Rel. Min. Néri da Silveira. Diário da Justiça, Brasília, DF, 17/06/1994.

\_\_\_\_\_. Mandado de Injunção n. 278/MG. Rel. acórdão Min. Ellen Gracie. Brasília, 03/10/2001.

\_\_\_\_\_. Mandado de Injunção n. 107 QO/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília, DF, 21/09/90.

\_\_\_\_\_. Questão de ordem no Mandado de Injunção n. 107 QO/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília, DF, 21/09/90, p. 9782.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 638/95. Diário da República, Lisboa, II Série, n. 298, de 28/12/95.

\_\_\_\_\_. Acórdão n. 276/89. Diário da República, Lisboa, II Série, n. 133, de 12/06/1989.

\_\_\_\_\_. Acórdão n. 182/89. Diário da República, Lisboa, I Série, n. 51, de 02/03/1989.

\_\_\_\_\_. Acórdão n. 36/90. Diário da República, Lisboa, II Série, n. 152, de 04/07/1990.

<sup>1</sup> Que trata do privilégio temporário na utilização de inventos industriais pelos respectivos autores, “bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

<sup>2</sup> FAVOREAU, Louis, 1994, p. 48, *apud* CHEVALIER-GOVERS, Constance. Le droit à la protection des données à caractère personnel: un droit fondamental du XXIème Siècle? In : *Enjeux et perspectives des droits de l'homme: l'odyssée des droits de l'homme*. Tome III. Paris: l'Harmattan, 2003, p. 96.

<sup>3</sup> MBAYE, Keba. *Les droits de l'homme en afrique*. Paris: Pedone, 1992, p. 70, tradução da autora.

<sup>4</sup> Mais à frente se terá oportunidade de salientar as diferenças substanciais e formais entre os dois mecanismos de controle das omissões do legislador brasileiro.

<sup>5</sup> Vale lembrar, o STF é o órgão superior do Poder Judiciário e os seus membros são vitalícios, sendo sua indicação escolha eminentemente política, dependendo apenas da vontade do Presidente da República (art. 84, XIV, CF/88), sujeita à ratificação do Senado, por maioria absoluta (art. 101, parágrafo único, CF/88). Aliás, na EC n. 45/2004, que tratou sobretudo sobre questões ligadas à Reforma do Judiciário, o constituinte derivado perdeu uma boa oportunidade de debater este tipo de nomeação.

<sup>6</sup> Cf. arts. 102, I, *q* ; 105, I, *h* ; 121, §4º, V, da Constituição Federal de 1988.

<sup>7</sup> Que “fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas” (I); ou “disponham sobre (II): “a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.” (Redação do artigo em conformidade com as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais n. 18/98 e n. 32/ 2001).

<sup>8</sup> Entretanto, poderia o STF estabelecer o prazo de 30 (trinta) dias, nas hipóteses, por exemplo, do art. 84, VI, nos termos da redação dada pela Emenda Constitucional n. 32/2001, segundo o qual compete privativamente ao Presidente da República: “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

<sup>9</sup> Cf. ADI n. 2.516-3-AC, Relator Min. Ilmar Galvão, DJ de 15/03/2002; ADI n. 2.061-7-DF, Relator Min. Ilmar Galvão, DJ de 29/06/2001.

<sup>10</sup> MBAYE, *op. cit.*, p. 75.

<sup>11</sup> Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 19/AL, Rel. Min. Aldir Passarinho, julgada em 23/02/1989, publicada no DJ de 14/04/89, p. 5456, segundo a qual: “A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, de que trata o parágrafo 2.º do art. 103 da nova CF, não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caso concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado.”

<sup>12</sup> Cf., p. ex., Mandado de Injunção 608 QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 01/06/2000, publicado no DJ de 25/08/00, p. 60 (v. transcrição nota 27 *infra*).

No entanto, a omissão só pode ser descharacterizada se houver lei ou ato normativo com disposição expressa em relação à norma que se pretende a regulamentação, cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 889/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 16/03/1994, publicada no DJ de 22/04/94, p. 8941: “A existência de lei versando sobre a regulamentação prevista no inciso XVI do artigo 21 da Carta Federal, sem a disciplina do aproveitamento dos censores federais, apenas confirma a omissão do Poder Executivo no encaminhamento de projeto com o qual se almeja imprimir eficácia a norma do parágrafo único do artigo 23 do Diploma Maior” (destaque da autora).

<sup>13</sup> Cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 326; e PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 94-96.

<sup>14</sup> Conforme prevêm os arts. 20, 48 e 50 do ato das disposições constitucionais transitórias, por exemplo.

<sup>15</sup> Cf. Mandado de Injunção n. 361-1/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 08/04/94, publicado no DJ de 17/06/1994, segundo o qual “A mora - que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, e de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário a efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumprí-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar. III. juroz reais (cf. art.192, § 3º): *passados quase cinco anos da constituição e dada a inequívoca relevância da decisão constituinte paralisada pela falta da lei complementar necessária a sua eficácia - conforme já assentado pelo STF (ADin n. 4, DJ 25.06.93, Sanches)-, declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito, para que a supra o Congresso Nacional”.*

<sup>16</sup> Para uma distinção precisa entre as normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada, cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>17</sup> TACITO, Caio. Les nouvelles garanties. In: *La nouvelle république brésilienne: etudes sur la Constitution du 5 octobre 1988*. Actes du Colloque 5, 6 et 7 octobre 1989 au Sénat (Paris). Collection droit public positif. Paris: Economica, 1991, p. 193.

<sup>18</sup> Sobre a proteção do consumidor. Felizmente esse dispositivo foi regulamentado através da Lei n. 8.078, de 11/09/90, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mesmo que o tenha sido em atraso, pois, nos termos do art. 48 do Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), o prazo seria de 120 (cento e vinte) dias, contados da data da promulgação da Constituição de 1988. Curiosamente, outro dispositivo da ADCT previa que, se no prazo de um ano, contado do mesmo termo inicial, não fosse promulgada lei disciplinadora da pesquisa e lavra de recurso e jazidas minerais, todas as autorizações, concessões e demais títulos atributivos de direitos minerários, seriam tornados sem efeito (art. 43)... O legislador teve um atraso bem menor: um mês e meio (para a adoção da Lei n. 7.886, de 20/11/89). Enquanto isso, o art. 50 da ADCT, referente à lei agrícola, segundo o que chegou ao conhecimento da autora desta contribuição, jamais foi regulamentado.

<sup>19</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 324-326.

<sup>20</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; BRITO, Miguel Nogueira de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da; e ARAÚJO, António de. *A execução das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador*. Relatório do Tribunal Constitucional Português no Encontro dos Tribunais Constitucionais de Itália, Espanha e Portugal, realizado em Roma, em Maio/2001. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020201.html?modelo=normal>. Acesso em 10 jan. 2005.

<sup>21</sup> Além dos clássicos, em português: CANOTILHO, op. cit., passim; PIOVESAN, op. cit.. Cf. também RODRIGUEZ, José Julio Fernández. *Inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998; BAZÁN, Victor (Coord.). *Inconstitucionalidad por omisión*. Bogotá: Temis, 1997; e CASAL H., Jesús M. La protection de la Constitution frente a las omisiones legislativas. In: *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*. 9. ed. Montevideo : Konrad- Adenauer-Stiftung, 2003, p. 33-82.

<sup>22</sup> MBAYE, op. cit., p. 76.

<sup>23</sup> TACITO, op. cit., p. 193.

<sup>24</sup> Para uma interessante análise dos debates ocorridos durante a Assembléia Constituinte de 1988 acerca dos dois mecanismos, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 167-177.

<sup>25</sup> Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>26</sup> Vale destacar que, decorrente da jurisprudência do Supremo, é exigida a *pertinência temática*.

Resumidamente, ela constitui em *uma verdadeira condição da ação no controle de constitucionalidade abstrato*, segundo a qual deve existir relação entre a norma atacada e as atividades próprias exercidas pelo(a) respectivo(a) autor(a). Entretanto, a maioria dos legitimados para propor ações no controle concentrado podem ajuizá-las contra qualquer ato normativo pois possuem *legitimação ativa universal* (são eles: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o partido político com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), presumindo-se uma pertinência temática absoluta, em face de suas próprias atribuições institucionais.

<sup>27</sup> Cf., p. ex., Questão de ordem no Mandado de Injunção n. 107 QO / DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989, publicado no DJ de 21/09/90, p. 9782 : “em face dos textos da Constituição Federal relativos ao *mandado de injunção*, ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5, LXXI, dos quais o exercício esteja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Carta Magna).

V. também: Mandado de Injunção n. 361-1/RJ (cit. nota 16, mas com outro trecho destacado), segundo o qual “III. juro reais (cf. art. 192, § 3º) [...] *declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito*, para que a supra o Congresso Nacional. IV. *Mandado de injunção: natureza mandamental* (MI 107-QO, M. Alves, RTJ 133/11): *descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando - por não ser o estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora* (v.g. MI 283, Pertence, RTJ 135/882) -, *não seja possível cominar consequências a sua continuidade após o termo final da dilação assinada.*” (Grifo nosso). E mandado de injunção n. 608 QO/RJ, (cit. nota 13, mas sem transcrição) segundo o qual: “II. *Mandado de injunção: não se prestando sequer para suprir, no caso concreto, a omissão absoluta do legislador - tal a modéstia de suas dimensões, conforme demarcadas pelo STF*, e que o Congresso vem de negar-se a ampliar - menos ainda se prestaria o malfadado instrumento do mandado de injunção a remediar os vícios de inconstitucionalidade que possa ostentar a lei editada para implementar a Constituição.”

<sup>28</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. *La cour suprême dans le système politique brésilien*. Paris: LGDJ, 1994, p. 53.

<sup>29</sup> ADI 1439 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 22/05/1996. No mesmo sentido cf. ADI 1458 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 23/05/1996, publicada no DJ de 20/09/96, p. 34531.

<sup>30</sup> Em relatório divulgado no Encontro de Tribunais Constitucionais de Itália, Espanha e Portugal (op. cit.), cita-se que o legislador português seguiu tendência a concertar a sua atividade legislativa constitucionalmente devida com a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional. Retornar-se-á ao tema no derradeiro tópico deste artigo, antes de tecer as considerações sugestivas e conclusivas.

<sup>31</sup> Publicado no *Diário da República*, II Série, n. 152, de 04/07/1990.

<sup>32</sup> Com efeito 3 projetos tinham sido votados, na generalidade, tendo eles baixado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias para votação na especialidade, nos termos da autorização constitucional contida no art. 168, 1 a 3, *verbis*: « 1. A discussão dos projectos e propostas de lei compreende um debate na generalidade e outro na especialidade ; 2. A votação compreende uma votação na generalidade, uma votação na especialidade e uma votação final global ; 3. Se a Assembleia assim o deliberar, os textos aprovados na generalidade serão votados na especialidade pelas comissões, sem prejuízo do poder de avocação pela Assembleia e do voto final desta para aprovação global.» (sic)

<sup>33</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 2061/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgada em 25/04/2001, publicada no DJ de 29/06/2001, p. 33, segundo a qual: “Art. 37, X, da Constituição Federal (Redação da EC n. 19, de 4 de junho de 1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC n. 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo,

não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.”

<sup>34</sup> Estabelecendo reajuste de 3,5%.

<sup>35</sup> Ação direta de Inconstitucionalidade n. 267 MC/DF, Min. Celso de Mello, julgada em 25/10/1990, publicada no DJ de 19/05/95.

<sup>36</sup> Mandado de Injunção n. 107 QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989, publicado no DJ de 21/09/90.

<sup>37</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 103.

<sup>38</sup> Mandado de Injunção n. 278/MG - Mandado de Injunção, Rel. acórdão Min. Ellen Gracie, julgado em 03/10/2001.

<sup>39</sup> Mandado de Injunção n. 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 26/10/2000, publicado no DJ de 24/05/02, p. 55.

<sup>40</sup> Mandado de Injunção n. 562/RS, Rel. Acórdão Min. Ellen Gracie, julgado em 20/02/2003, publicado no DJ de 20/06/2003, p. 58.

<sup>41</sup> Questão de ordem no Mandado de Injunção n. 107 QO/DF (*cit.* nota 27, com referência a outro trecho): “auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, *aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber.* Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.”

<sup>42</sup> Nos termos do art. 4º da Lei n. 4.348, de 26/06/64: “Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, em efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, contados da publicação do ato.” (Vide também Medida Provisória n. 2.180-35, de 24/08/2001).

<sup>43</sup> “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”

<sup>44</sup> Vale ressaltar que, o presente trabalho não se pretende à exaustão dos países nos quais existem controles contra a omissão do legislador. Convém, no entanto, mencionar que a escolha dos ordenamentos foi realizada em virtude do interesse particular da autora. A título meramente exemplificativo, porém, afora os países aqui citados, acrescente-se México e Argentina (v. notadamente, disposições da província do Rio Negro acerca da regulamentação da ação direta) também possuem dispositivos de controle contra a omissão do legislador.

<sup>45</sup> O emprego do verbo ensinar vem no passado, pois, na incapacidade da autora de ter acesso a uma edição mais atualizada da clássica obra de Direito Constitucional do eminente professor lusitano, foi utilizada a seguinte: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, t. II, p. 511.

<sup>46</sup> Desde janeiro 1969, através da reforma constitucional de 21 de janeiro, houve constitucionalização da Lei de 12 de março de 1951, relativa ao Tribunal Constitucional. Cf. BEGUIN, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale en Allemagne*. Paris: Economica, 1982, p. 137.

<sup>47</sup> BON, Pierre et al. *Présentation générale (Partie II - les éléments de spécificité)*. In : *La justice constitutionnelle au Portugal*. Collection droit public positif. Paris : Economica, p. 148-159, 1989, p. 261.

<sup>48</sup> BGBl, I, p. 1243.

<sup>49</sup> Este instrumento é originário da época do Reinado de Aragon e teve repercussão em vários ordenamentos latino-americanos. De fato, existe similar no México (desde a Constituição de 1857), Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá e Venezuela, cf. BON, Pierre. Exemplarité des atteintes du Tribunal Constitutionnel Espagnol. In: *La justice constitutionnelle en Espagne*. BON, P; MODERNE, F et RODRIGUEZ, Y. Collection droit public positif. Paris: Economica, 1989, p. 108.

<sup>50</sup> Lei n. 2/1979, de 3/10/79.

<sup>51</sup> Tais como: presunção de inocência, direito de defesa, ao juiz natural e a um prazo razoável na entrega na prestação jurisdicional; direito de ensinar, inviolabilidade de domicílio, segredo das comunicações, etc. Para uma análise das circunstâncias de natureza dos direitos lesado, incluindo citação da jurisprudência espanhola, cf. RODRIGUEZ, Yves. Le tribunal constitutionnel espagnol et les traités internationaux. In: *La justice constitutionnelle en Espagne*. BON, P; MODERNE, F et RODRIGUEZ, Y. Collection droit public positif. Paris: Economica, 1989, p. 215-219.

<sup>52</sup> Assim, segundo anuncia BON, abrangem o campo de aplicação do *amparo* os direitos e liberdades de primeira e segunda dimensões, sendo excluído tão somente o direito de propriedade (previsto no art. 33 da Constituição). São, portanto, excluídos, os direitos de terceira geração. BON, Exemplarité..., *op. cit.*, p. 111-112.

<sup>53</sup> Além disso, o Tribunal Constitucional Espanhol admite, por ocasião de um *amparo*, que o queixoso sustente a inconstitucionalidade de lei aplicada por juiz, por exemplo. Assim, ataca-se, indiretamente, a constitucionalidade de uma lei, que tenha servido de fundamento de uma decisão judicial.

<sup>54</sup> BON, *op. cit.*, p. 114

<sup>55</sup> Dispõe a Constituição Colombiana:

“Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.” (Grifo nosso.)

<sup>56</sup> Talvez o legislador brasileiro tenha tentado instituir na lei reguladora da arguição de descumprimento de preceito fundamental (prevista o art. 102, §1º, CF/88) um mecanismo assemelhado aos recursos individuais de outros países, pois o art. 2º, I, do projeto – que se transformou na Lei n. 9.882, de 3/12/99 - encaminhado ao Presidente da República previa a iniciativa de qualquer pessoa interessada. Infelizmente a iniciativa foi abortada pelo veto presidencial, sob o argumento de que a admissão de um acesso individual e irrestrito seria “incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais.”

<sup>57</sup> Publicado no *Diário da República*, II Série, n. 133, de 12/06/1989.

<sup>58</sup> No Brasil, a ação é tida por prejudicada na hipótese de superveniência de lei regulamentadora, cf. ADI 1.484-DF, Rel. Min. Celso de Mello, publicada no DJ 28/8/2001: “O estado de incompleta regulamentação legislativa de determinada prescrição constitucional, quando resulte suprido por efeito de ulterior complementação normativa, importa em prejudicialidade da ação direta, em virtude da perda superveniente de seu objeto”.

<sup>59</sup> Que teve numeração modificada para 117, após a revisão de 1997, que dispunha: “A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato”.

<sup>60</sup> No mesmo sentido acórdão n. 638/95, publicado no *Diário da República*, II Série, n. 298, de 28/12/95), no qual o Tribunal Constitucional proclamou “não ter por verificada a omissão das medidas legislativas necessárias à exequibilidade da norma do artigo 52, n. 3, da CR”, por ter sido publicada a Lei n. 83, de 31/08/95, sobre o direito de participação procedimental e de ação popular.

<sup>61</sup> Publicado no *Diário da República*, I Série, n. 51, de 02/03/1989.

<sup>62</sup> A referida Constituição, pelo menos teoricamente (sabe-se bem que a prática nem sempre corresponde ao ideal estabelecido nas normas, vide teoria e prática dos dispositivos constitucionais brasileiros) promoveu um reforçado mecanismo para a salvaguarda dos direitos fundamentais, pois além da ação no controle abstrato também prevê, em seu art. 27, a possibilidade de *amparo*.

<sup>63</sup> Inciso com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003.

<sup>64</sup> E, “no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais” (Art. 99, §2º, II).

<sup>65</sup> Pode-se dizer que John Locke foi o “inventor” desta teoria (cf. *Essai sur le gouvernement civil*, 1690) e Charles-Louis de Secondat – Conde de Montesquieu foi seu “sistematizador” (*L'Esprit des lois*, 1748).

<sup>66</sup> MATHIEU, Bertrand ; VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel*. Col. Droit fondamental. Paris: PUF, 2004, p. 34.

<sup>67</sup> Convém salientar que, excepcionalmente, certas Cortes Constitucionais, em virtude de previsão constitucional, podem produzir normas de direito constitucional formal. “É o caso da Áustria, onde a Corte pode ser demandada pelo Governo Federal ou de um Governo de um *land* para decidir se um projeto de lei compreende o domínio da competência federal ou provincial. A decisão assim proferida es considerada como complemento das disposições constitucionais regrado a distribuição de competências legislativas.” FAVOREU, Louis *et alli*. *Droit constitutionnel*. 6 ed. Collec. Précis. Paris : Dalloz, 2003, p. 77.

<sup>68</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, p. 429-432; SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 6 ed. México: Porrúa, 1981, p. 251-252.

<sup>69</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 243-244.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 310.

<sup>71</sup> “§ 3º. As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

- a) dotações para pessoal e seus encargos;
- b) serviço da dívida;
- c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

- a) com a correção de erros ou omissões; ou
- b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

§ 4º. As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.”

<sup>72</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 166.

## **RETHINKING CONSTITUTIONALITY CONTROL IN OMISSION CASES IN BRAZIL AS REFERRED TO COMPARATIVE LAW**

### **ABSTRACT**

The text presents some considerations on the Brazilian mechanism aimed at controlling unconstitutionality through omission, exploring instruments used in other countries and arguments that may be used by the Federal Supreme Court in order to display the need of promoting the complete effectiveness of constitutional rules.

### **KEYWORDS**

Constitutionality control. Brazil. Legislative omission. Compared studies. Need. Effectiveness. Constitutional rules.

### **REFLEXIONS SUR LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE PAR OMISSION BRESILIENNE A LA LUMIERE DE QUELQUES MECANISMES UTILISES DANS AUTRES PAYS**

### **RÉSUMÉ**

Réflexions sur le contrôle de constitutionnalité par omission brésilienne à la lumière de quelques mécanismes utilisés dans autres pays et d'arguments passibles d'utilisation par le Suprême Tribunal Fédéral, afin d'exposer la nécessité de promouvoir la complète efficacité des normes constitutionnelles.

### **MOTS-CLÉS**

Contrôle de constitutionnalité. Brésil. Omission législative. Étude comparée. Nécessité. Efficacité. Norme constitutionnelle.

# POR UMA CRÍTICA FENOMENOLÓGICA AO FORMALISMO DA CIÊNCIA DOGMÁTICO-JURÍDICA

Willis Santiago Guerra Filho\*

## RESUMO

O presente artigo trata da aplicação do método fenomenológico ao estudo filosófico do Direito. Trata-se do estudo da Dogmática Jurídica, método desenvolvido por Edmund Husserl. Sua construção doutrinária passa pela análise etimológica do termo “fenomenologia”, depois por uma crítica aos conhecimentos filosóficos de Descartes, Kant e Hegel, passando pelo estudo do universo simbólico da ciência em geral. Por fim, chega a apresentação de uma proposta, no âmbito da ciência dogmático-jurídico, especialmente àquele modelo, ainda predominante, de corte positivista e formalista, de acordo com a crítica intuicionista feita por Husserl.

## PALAVRAS-CHAVE

Dogmática jurídica. Crítica. Fenomenologia. Ciência. Formalismo. Positivismo.

A presente proposta insere-se em um contexto de aplicação do método fenomenológico, desenvolvido por Edmund Husserl, ao estudo filosófico do Direito e, mais especificamente, ao âmbito da filosofia da Ciência Jurídica “em sentido estrito”, assim considerada o que se costuma denominar “Dogmática Jurídica”. O termo *fenomenologia*, etimologicamente, significa discurso, ciência ou estudo (*logos*) do fenômeno, sendo necessário que se compreenda o significado específico que Husserl atribui a esta noção, para saber em que se distingue a fenomenologia por ele proposta de outras referências a esta noção, como a que se encontra na Quarta Parte do *Neues Organon* (“Novo Organon”), de Lambert, intitulada *Phenomenologie, oder Lehre des Scheins* (“Fenomenologia ou Doutrina da Aparência”), de 1764. Heidegger, ao final da introdução do § 7º. de “Ser e Tempo”, alude ao aparecimento do termo, que já constaria na “Escola de Christian Wolff”, ou seja, no âmbito da metafísica “pré-crítica”. Em Kant, o termo aparece, mas

---

\* Professor Titular do Departamento de Filosofia da Universidade Estadual do Ceará (licenciado). Professor Titular da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor de Filosofia do Direito no Programa de Estudos Pós-Graduados (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e do Centro Universitário FIEO (UNIFIEO), em Osasco, São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), Especialista em Filosofia Dialética (UFC), Mestre em Direito (PUC-SP), Doutor em Ciência do Direito (Universidade de Bielefeld, Alemanha), Livre-Docente em Filosofia do Direito (UFC) e Pós-Doutorado em Filosofia (IFCS-UFRJ).

não em alguma de suas três “Críticas”, a saber, da razão pura, prática e da faculdade de julgar. O responsável pela distinção entre “nooúmenon”, ou “coisa em si”, e “phainómenon”, que são as coisas enquanto objetos do entendimento, irá se referir a uma “fenomenologia” na Quarta Parte de sua obra *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft* (Princípios Metafísicos da Ciência Natural), onde trata do movimento e da inércia tal como se relacionam com a representação, enquanto características gerais dos fenômenos. Com Hegel, em sua “Fenomenologia do Espírito”, de 1807, uma fenomenologia é alçada à condição de perspectiva filosófica geral, do modo como se desenvolve a consciência do e no mundo. Para Hartmann, na obra “Fenomenologia da Consciência Moral”, de 1869, a fenomenologia vai assumir um sentido de pesquisa de fatos psíquicos empiricamente estudados em suas relações, com uma investigação indutiva dos princípios gerais a que se pode remetê-los. Tal sentido não deixa de guardar similitude com aquele que terá o termo “fenomenologia” no âmbito do fisicalismo de Mach e do neo-positivismo da Escola de Viena, já no século XX, sentido que será transmitido a Wittgenstein, em cujos escritos do período “intermediário”, entre o *Tractatus Logico-Philosophicus* e as “Investigações Filosóficas”, aparecerá o termo com frequência.

Husserl, por seu turno, irá partir de uma crítica aos limites impostos ao conhecimento pela filosofia de Descartes, Kant e Hegel, ao afirmar que o pensamento dos citados filósofos não era “rigoroso”, já que não consideravam devidamente em suas construções a subjetividade humana, focalizando apenas o objeto. Eles não se atinham ao fato de que as considerações acerca do objeto eram, elas mesmas, “construções mentais”. A subjetividade, enquanto consciência intencional, dirigida aos objetos, para Husserl, seria “a primeira verdade indubitável para se começar a pensar corretamente.” Daí ter ele defendido que, no processo de consideração da subjetividade humana, é necessário assumir uma “atitude fenomenológica”: já que o homem é um “ser no mundo” e, portanto, participante dele, deve assumir essa postura e se contrapor a uma “atitude natural”, que é aquela de ser “possuído pelo mundo”, desconfiando de toda e qualquer evidência ou obviedade, sejam aquelas do senso comum, sejam as das ciências, sendo essa a tarefa própria da filosofia.. Não existe, portanto, para a fenomenologia, uma relação pura do sujeito com o objeto, visto que a relação entre o sujeito e o objeto é sempre intencional: o objeto se torna tal a partir do olhar do sujeito, um olhar que, para além da existência contingente de objetos em particular, capta sua essência, o que necessariamente lhe constitui, donde se falar em *Wesensschau* – literalmente, “visão da essência” ou, no sentido fenomenológico, *intuição*. Daí que, para a Fenomenologia, o ser é um ser de relação. Dessa forma, para ela, tanto o ser quanto o mundo só existem na relação ser-mundo, não fazendo sentido, portanto, como ressalta Heidegger, no § 9 de *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriff* (“Prolegômenos à História do Conceito de Tempo”, Seminário do Verão de 1925, *Gesamtausgabe*, vol. XX), entender-se o fenômeno estudado pela fenomenologia husserliana como uma

aparência que oculta uma essência ininteligível, pois esse fenômeno é caracterizado pelo encontro mesmo entre uma consciência com o que para ela se revela do mundo, enquanto doadora de sentido e, logo, dá consistência de objeto a essas “revelações”.

Em seu último grande esforço filosófico, dedicado ao estudo do que denominou “Crise das Ciências - ou da própria “Humanidade” – européias”, Husserl enfatiza o papel do “mundo da vida” (*Lebenswelt*), enquanto conceito que se tem do mundo antes dele se tornar um campo de investigação da ciência moderna. É a esse conceito que, ao final de sua longa e proffua trajetória de pensamento, Husserl vai recorrer para nos dar acesso ao campo mais próprio da filosofia, a saber, a subjetividade transcendental, onde se assentam as condições de validação de todo conhecimento, inclusive aquele de ordem matemática, lógica e, em geral, científica. Isso não deixa de ser desconcertante, porque esta *Lebenswelt* é o campo em que predominam as opiniões comumente compartilhadas, a *doxa*, e, logo, o campo propício ao desenvolvimento de saberes de corte dogmático. É certo que nunca houve da parte de Husserl uma postura depreciativa quanto ao que, no § 26 das “Ideen” (“Idéias para uma Fenomenologia Pura e uma Filosofia Fenomenológica”), denomina de “ciências da atitude dogmática”, assim considerando a todas as ciências, por se entregarem, sem maiores considerações críticas ou epistemológicas, à investigação de seu objeto, enquanto à “atitude especificamente filosófica” caberia a investigação dos pressupostos, validade e condições de possibilidade do conhecimento produzido “despreocupadamente” pelas ciências do primeiro tipo, as ciências “tout court”.

Dáí se poder afirmar que não teria mudado, com o passar do tempo, o sentido do projeto fundacionista original da filosofia husserliana, enquanto filosofia que não apenas se dão os próprios fundamentos, como também permite que se fundamente todas as ciências positivas, assim consideradas, sobretudo, aquelas naturais. Tal projeto é inseparável do intuicionismo adotado por Husserl, já em seus primórdios como matemático, sob a influência de seu professor, Weierstrass, e de Lej Brouwer, sendo direcionado exclusivamente aos conceitos das ciências, exposto nos estudos de filosofia da aritmética e de lógica, tanto nas “Investigações Lógicas” como em “Ideen”, especialmente no terceiro livro<sup>1</sup>. O referido projeto se desdobra em duas etapas, sendo a primeira negativa, de crítica ao simbolismo e à transformação alienante das ciências em mera técnica, e a segunda, positiva, por voltada à clarificação dos conceitos dessas ciências, a fim de fundamentá-las devidamente, sendo essa a tarefa a ser cumprida por Husserl com o recurso ao conceito de *Lebenswelt*, na década de 1930. Aqui vale recordar a doutrina husserliana do conceito, elaborada desde o período da filosofia da aritmética, sob a influência de seu mestre em filosofia, Franz Brentano.

O conceito é uma representação que intenciona o seu objeto. Intencionar, por seu turno, é tender, por meio de conteúdos dados à consciência, a outros conteúdos que não são dados, para acessá-los de maneira

compreensiva, ao utilizar, para designar objetos, conteúdos dados que remetem a conteúdos não-dados – permitindo, assim, que nos reportemos a objetos que não nos são efetivamente dados, por meio de signos, derivados de símbolos, que são conceitos impróprios, os quais decorrem dos conceitos próprios, originários da intuição de objetos, cujas marcas distintivas, parciais, estão contidas nos conceitos deste último tipo, “conceitos mesmo”. Pela operação reiterada com os signos e “signos de signos”, *ad nauseam*, é que se constrói o simbolismo, apartado das evidências da intuição sensível.

É nesse universo simbólico em que se constitui a ciência, sendo o simbolismo o que possibilita tanto o seu acesso a verdades, superando limites de nossa compreensão finita, como também sua perigosa alienação na técnica, que a descaracteriza enquanto forma de conhecimento propriamente dita, assentado em fundamentos e justificativas de seu sentido e finalidade. Assim, tem-se que, na própria aritmética, mesmo que o cálculo produza resultados verdadeiros, não se podem confundir tais resultados com o conhecimento aritmético. Tal divórcio entre cálculo e conhecimento decorre da estrutura interna do primeiro, que enseja o seu desenvolvimento pelo mecanismo da reiteração das representações por signos, representações impróprias, que foram originalmente intencionais, quando nela algo já dado reenvia a algo não dado, reenvio esse que terá sua natureza alterada pela reiteração recursiva, ao ponto de gerar uma simbolização que não é representação de nada a não ser dela mesma, e ainda assim serve de base para posteriores operações - à medida que se passa a simbolizações em níveis de abstrações cada vez mais elevados, vai-se perdendo algo dos objetos a que se referem os conceitos, até perdê-los completamente em símbolos, que são “signos de signos”.

Os signos utilizados nos cálculos matemáticos são desse último tipo, enquanto signos exteriores, destacados de qualquer substrato conceitual, operadores com os quais se produzem verdades, mas não conhecimento – ao menos no sentido de *Erkenntnis* -, o que vale tanto para a matemática como para toda forma de “conhecimento”, de ciência, que a empregue como instrumento de produção de saber, instrumental esse que nos permite operar cálculos sem retornar às intuições originárias sobre as quais se assentam. Passa-se, então, a inventar sempre novos procedimentos simbólicos, cuja racionalidade pressupõe o valor cognitivo dos símbolos empregados, por meio de uma técnica que se torna cada vez mais perfeita, quanto mais é privada de toda evidência compreensiva. É assim que as ciências se tornam uma espécie de “fábrica de proposições”, cada vez mais precisas e úteis, onde se trabalha como operário ou técnico de produção, produzindo cada vez mais informações, sem uma compreensão íntima do que se está fazendo, graças ao aperfeiçoamento de uma racionalidade meramente técnica.

E se isso é assim no campo das ciências naturais, mais grave ainda nos parece a situação no campo dos estudos jurídicos, onde nem sequer se costuma levantar a pretensão de fazer um trabalho científico, ostentando os profissionais dessa área, com um certo orgulho, a etiqueta de “operadores jurí-

dicos”, sem se dar conta do modo objetivante como concebem o Direito, tal como se fora uma máquina com a qual se opera, quando, se assim o fora, seriam eles as peças dessa engrenagem produtora de um pseudo-saber, de caráter disciplinador.

Para Husserl, não há nessa produção de saber conteúdo cognitivo algum, pois conhecimento, para ele, é evidência, verdade, criado a partir da intuição, inteira e completamente entendida, o que se perde ao ser rompido o elo com o domínio dos objetos sobre o qual deveríamos ser informados. Com isso, não se pergunta como as múltiplas validades pré-lógicas estão fundadas e são fundamentadas em relação às verdades lógico-teóricas. O real primeiro é a intuição subjetiva e relativa da vida pré-científica – a *doxa*, que é tida assim, como enganosa, para a vida científica, mas não para aquela pré-científica, em que é um bom campo de verificação, donde se deve valorizar o direito originário dessas evidências, antes desprezadas. Daí, pode-se buscar a conexão essencial entre as ciências (naturais) e o mundo pré-científico, com suas evidências originárias, quando também aquelas ciências são formações humanas, que habitam em unidade concreta no “mundo da vida”. Disso decorre a necessidade das ciências e da lógica perderem sua autonomia, ao serem reconduzidas a esta *Lebenswelt*, reportando a *episteme* à *doxa* e à subjetividade transcendental, onde se pode captar as estruturas desse nosso mundo, determináveis pelo fenomenólogo, uma vez determinada as condições de possibilidade do conhecimento – donde a “transcendentalidade” do sujeito.

A subjetividade transcendental, por seu turno, como bem demonstra Alexandre Fradique Morujão<sup>2</sup>, vai pôr o mundo “entre parênteses”, por meio da redução fenomenológico-transcendental, depurando, assim, desse mundo (natural) o eu, que é seu correlato intencional, visto que “(N)o sentido fenomenológico só há mundo para mim e só há eu na correlação mundana intencional”<sup>3</sup>. Isso porque o fenômeno, para a fenomenologia husserliana, conforme assinalado ao princípio, é esse “correlato real ou possível de determinados modos de doação intencionais”<sup>4</sup>, modo esses que são modos de doação do mundo – o qual, parafraseando a passagem bíblica, se precisa inicialmente perder para depois recuperá-lo. Escapando do mundo pela *epoché*, seguida da redução, o eu, agora (mais) livre, pode atribuir-lhe sentido, o que já exige que ele saia do solipscismo, de seu estado de mônada, abrindo-se para o “nós” ou pluralidade de “eus” que há em si, em cada um de nós, como indica Husserl em *Erste Philosophie*<sup>5</sup>. Por essa via, a reflexão fenomenológica, tal como atestam trabalhos ainda inéditos de Husserl<sup>6</sup>, chega a uma “totalidade absoluta das mônadas”, denominada “personalidade total”<sup>7</sup>, fundamento mais íntimo do eu transcendental, que é também um “eu”, só que de um tipo todo especial, por ser o próprio Deus, “intuível reflexivamente como uma ultra-realidade, supra-verdade e ultra em si”<sup>8</sup>. Não é de estranhar que tenham havido muitas conversões nos círculos de discípulos de Husserl – o qual se consagrou também ao cristianismo -, com destaque para sua assistente em Freiburg, Edith Stein, que se tornou freira carmelita e foi martirizada em Auschwitz, vindo a

ser canonizada em 2003 pelo Papa João Paulo II, ele próprio um cultor da fenomenologia, discípulo de seu conterrâneo e importante fenomenólogo, aluno direto de Husserl, Roman Ingarden.

Quanto à aplicação da fenomenologia ao estudo do direito, um dos pioneiros nesse campo foi o próprio filho de Husserl, Gerhart, cujos trabalhos, de conteúdo fortemente personalista e existencial, foram reunidos sob o título de um deles, *Recht und Zeit* (“Direito e Tempo”). Esta linha de investigação fenomenológico-existencial do direito será perseguida em obras posteriores como a do alemão Werner Maihofer, “Direito e ser: prolegômenos a uma ontologia jurídica” (1954) e a do holandês William A. Lujpen, “Fenomenologia do Direito Natural” (1965). Destino semelhante ao do filho e Husserl, Gerhart, prematuramente falecido nos campos de batalha da Primeira Guerra Mundial, colheu também aquele que foi o primeiro a estender a pesquisa fenomenológica ao campo do direito positivo, Adolf Reinach, com seu trabalho “Fundamentos Apriorísticos do Direito Civil” (1913). Aí não se trata de estabelecer, ao modo kantiano, condições de possibilidade do conhecimento de todo e qualquer Direito, mas sim as estruturas essenciais, no sentido fenomenológico, constitutivas de matérias e figuras jurídicas, que podem se dar de maneira bem diferente ao serem atualizadas no direito positivo. Este autor vem merecendo uma renovada atenção, a partir de congresso internacional realizado sobre sua obra, em 1983, estabelecendo possibilidades de contato entre seu pensamento e aquele de autores contemporâneos da tradição analítica em filosofia – normalmente tida como antagonista àquela dita “continental”, por ser o continente europeu a região de maior influência da fenomenologia -, como John Searle. Tal perspectiva se encontra mais amplamente desenvolvida em autores de trabalhos já de 1997, na Itália, como Antonio Incampo e Paolo Di Lucia. Uma direção diversa daquela iniciada por Reinach, dita formal, em fenomenologia jurídica, é adotada por autor, igualmente pioneiro, que foi o vienense Fritz Schreier, em sua obra “Conceitos e Formas Fundamentais do Direito. Esboço de uma Teoria Formal do Direito e do Estado sobre base fenomenológica” (1924), onde, apesar da crítica fenomenológica ao dualismo kantiano, se tem uma teoria que, paradoxalmente, termina coincidindo em grandes linhas com aquela do chefe da Escola de Viena, o neokantiano Hans Kelsen, a exemplo do que ocorrerá nos trabalhos de um outro discípulo deste e de Husserl, Felix Kaufmann. Posteriormente, Paul Amsiek, em *Méthode phénoménologique et Théorie du Droit* (1964), propugnará explicitamente ser Kelsen e sua Teoria Pura de se considerar um precursor da fenomenologia jurídica, o que será repellido pelo próprio Kelsen, em longa resenha crítica da obra.

Algo semelhante ocorre em contribuições sul-americanas, como aquelas dos argentinos Carlos Cossio e integrantes de sua escola, da Teoria Ecológica do Direito, ou, mesmo, curiosamente, no pensamento daquele que seria seu opositor, político e científico, fundador da importante Escola Analítica Argentina, Ambrósio Gioja. No Brasil, algo semelhante se verifica,

com a recepção da fenomenologia pelo culturalismo de Miguel Reale, em São Paulo, e também pelo logicismo semiótico de Lourival Vilanova, em Recife. Já o uruguaio Juan Llambías de Azevedo, com seu opúsculo *Eidética y Aporética del Derecho*, de 1940, realiza esforço dotado de originalidade, donde ter sido brindado com justa divulgação de seu trabalho, já em 1948, no volume *Latin-American Legal Philology*, publicado em Harvard. Sob a influência não apenas de Husserl, mas também de Nicolai Hartmann, R. Ingarden e A. Reinach, como ressalta sua discípula Esther Aginsky de Iribarne, Llambías procura captar a essência (*eidós*) do direito no modo como ele se dá no direito objetivo e coletivo, havendo, segundo ele, aquele direito que se dá objetiva e solitariamente, em sua singularidade, como preferimos referir a esse fundamental e ainda pouco explorado aspecto do fenômeno jurídico. A definição essencial do direito como objeto coletivo a que chega a investigação de Llambías é a seguinte: “Sistema bilateral e retributivo de disposições posta pelo homem para regular a conduta social de um círculo de pessoas e como meio de realizar os valores da comunidade”. Como objeto solitário, o tema da investigação eidética é o que nos afeta individual e pessoalmente como sendo direito, concentrando-se o autor no estudo do que denomina “disposição jurídica”, entendida como conceito superador daquela conhecida dicotomia kelseniana entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) e proposição normativa (*Rechtssatz*). Conjugando os dois aspectos fundamentais do direito, nosso A. vai iniciar a parte de sua obra dedicada à aporética, enquanto investigação de problemas apresentados pelo direito positivo, tido como mediação entre os valores da comunidade e a conduta humana, com a seguinte definição: “O direito é um sistema de disposições a serviço dos valores da comunidade”, postulando uma relação de meio e fim entre direito e valores, que entendemos deva ser buscada tendo como diretriz um princípio de proporcionalidade. Tal relação, contudo, é encarada por Llambías como um problema, e do tipo aporético, ou seja, “sem saída”, bastando que se considere ser a justiça um desses valores, com toda a variedade de concepções que há a respeito, para que se perceba o que ele denomina “aporía de justificação”. O autor conclui descortinando um complexo de aporias, por trás do que “se abre um mundo de princípios, de valores”, uma pluralidade de valores individuais e comunitários, entre os quais haveria de ser determinada a autonomia de uma esfera jurídica. Nesse ponto, em que conclui seu trabalho, referindo que “não podemos dizer ‘aqui termina’, mas sim ‘aqui começa a filosofia do direito’”, efetivamente, nos vemos confrontado com o tema da atualidade nesse nosso campo de estudos, algo que vem demonstrado, por exemplo, pelos esforços hercúleos de autores contemporâneos, e com propostas concorrentes, como são Jürgen Habermas e Niklas Luhmann, ambos reconhecidamente influenciados pela fenomenologia.

O que aventamos, então, especificamente, com a presente proposta de estudo crítico do Direito, é que se examine mais detidamente a projeção, no âmbito da ciência dogmático-jurídica, especialmente naquele modelo, ainda predominante, de corte positivista e formalista, da crítica intuicionista

feita pelo “último Husserl” ao modo como se lhe apresentava o quadro das ciências e da cultura ocidentais, no período entre guerras do século XX, sendo neste mesmo período em que se digladiavam diferentes concepções do direito e da ciência adequada a seu estudo, tendo como epicentro a proposta de Hans Kelsen. São nesses debates que se forjam posições características, no panorama atual da teoria epistemológico-jurídica, em que se apresenta como bastante promissora uma retomada da perspectiva fenomenológica, reforçada por uma aproximação aos estudos da tradição analítica, que também sai revigorada com esta aproximação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMSELEK, Paul. *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. Paris: L.G.D.J., 1964.
- AZEVEDO, Juan Llambías de. *Eidética y aporética del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- GIOJA, Ambrosio L. *Ideas para una filosofía del derecho*. Buenos Aires: Sucesión de Ambrosio L. Gioja, 1973. 2. v.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Pequenos estudos de filosofia brasileira*. Rio de Janeiro: Nau, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Fenomenologia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- HUSSERL, E. *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1962 (Coleção Husserliana).
- \_\_\_\_\_. *A filosofia como ciência de rigor*. Coimbra: Atlântida, 1965.
- \_\_\_\_\_. *A idéia da fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*. 3. ed. México, D.F.: F.C.E, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. São Paulo: Madras, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A crise da humanidade européia e a filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.
- HUSSERL, Gerhart. *Recht und Zeit*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955.
- IRIBARNE, Esther A. de. *Fenomenologia y ontologia jurídica*. Buenos Aires: Pannedille, 1971.
- KELSEN, Hans. *Una teoria fenomenologica del diritto*. Nápoles: E.S.I., 1990.
- LUCIA, Paolo di. *L'universale della promessa*. Milão: Giuffrè, 1997.
- LUYPEN, W. *Fenomenología del derecho natural*. Buenos Aires/México: Carlos Lohlé, 1968.

MASULLO, Aldo *et al.* *Razionalità fenomenológica e destino della filosofia*. Genova: Marietti, 1991.

MOREIRA, Daniel Augusto. *O método fenomenológico na pesquisa*. São Paulo: Pioneira, 2002.

MORUJÃO, Alexandre Fradique. *Mundo e intencionalidade*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1961.

MOURA, Carlos Alberto Ribeiro de. *Crítica da razão na fenomenologia*. São Paulo: EDUSP, 1989.

\_\_\_\_\_. *Racionalidade e crise*. São Paulo: Discurso, 2001.

MULLIGAN, Kevin (ed.). *Speech Act and Sachverhalt: Reinach and the foundations of realistic phenomenology*. Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff, 1987.

MURALT, André de. *La idea de la fenomenología*. México: UNAM, 1963.

\_\_\_\_\_. *A metafísica do fenômeno: as origens medievais e a elaboração do pensamento fenomenológico*. Rio de Janeiro: 34, 1998.

SOKOLOWSKI, Robert. *Introdução à fenomenologia*. São Paulo: Loyola, 2004.

SOUZA, Ricardo Timm de *et al.*. *Fenomenologia hoje*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

THIERRY, Yves. *Conscience et humanité selon Husserl*. Paris: P.U.F., 1995.

TOULEMONT, René. *L'essence de la société selon Husserl*. Paris: P.U.F., 1962.

---

<sup>1</sup> “Ideen III”, in *Husserliana*, vol. V.

<sup>2</sup> Em “Sobre a fenomenologia husserliana”, in *Subjectividade e História*, 1969.

<sup>3</sup> *Loc. cit.*, p. 115.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>5</sup> *Filosofia Primeira*, 1923/1924, 2ª parte, *Husserliana*, vol. VIII, 1959, p. 173, *passim*.

<sup>6</sup> Em o “*Manuscrito*” EIII 4, 1930, p. 62, referido por Morujão, *ob. cit.*, p. 135.

<sup>7</sup> Em *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*, *Husserliana*, vol. VI, § 55, pp. 191/192, linhas 39/01, há referência a “personalidades de ordens superiores”, com sentido crescentemente transcendental e, assim, absoluto.

<sup>8</sup> Husserl *apud* Morujão, *loc. cit.*

## FOR A PHENOMENOLOGICAL CRITIQUE TO THE FORMALISM OF THE LEGAL DOGMATIC SCIENCE

### ABSTRACT

This article focuses on the approach of the phenomenological method to the study of the philosophy of law. It encompasses the study of methods developed by Edmund Husserl into legal dogmatic. Its doctrinarian construction goes through the roots of the word 'phenomenology', and afterwards through a critic to the philosophical knowledge in Descartes, Kant and Hegel, as well as through the study of the symbolic universe of science in general. Its aim is a presentation of a proposal, on the sphere of the dogmatic study of law – and in particular a critic to the positivist and formalist models, according with the intuitionist critic developed by Husserl.

### KEYWORDS

Legal Dogmatic. Critic. Phenomenology. Science. Formalism. Positivism.

## POUR LE CRITIQUE PHÉNOMENOLOGIQUE AU FORMALISME DE LA SCIENCE DE LA LOI DOGMATIQUE

### RÉSUMÉ

Cet article se concentre sur l'approche de la méthode phénoménologique à l'étude de la philosophie de la loi. Il comprend l'étude des méthodes développées par Edmund Husserl dans la loi dogmatique. Sa construction doctrinaire traverse les racines du mot 'phénoménologie', et ensuite, présente une critique à la connaissance philosophique dans Descartes, Kant et Hegel, aussi bien qu'à travers l'étude de l'univers symbolique de la science en général. Son but est une présentation d'une proposition sur la sphère de l'étude dogmatique de la loi - et en particulier une critique aux modèles positivistes et formalistes, selon la critique de l'intuitionniste développée par Husserl.

### MOTS-CLÉ

Loi dogmatique. Critique. Phénoménologie. Science. Formalisme. Positivisme.

# A INCIDÊNCIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE O DIREITO NACIONAL EM MATÉRIA DE BIOÉTICA: ENTRE INFLUÊNCIA E ENCANTAMENTO<sup>N T</sup>

Bertrand Mathieu\*

I Uma realidade: o lugar preponderante das normas internacionais no direito da bioética. 1 O sistema normativo em matéria de bioética: uma construção original. 2 O direito internacional da bioética: instrumentos jurídicos diversificados. 2.1 A declaração da Unesco sobre o genoma humano. 2.2 A Convenção de Bioética do Conselho da Europa. 2.3 A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. II Uma constatação: o caráter pouco constringente do direito internacional da bioética. 1 Princípios derogáveis. 2 Regras inoperantes. 3 Regras não aplicadas. 4 Regras cuja aplicação está subordinada ao desenvolvimento dos direitos nacionais. III Um elemento de explicação: o caráter *encantatório* da invocação dos direitos fundamentais em matéria de bioética. 1 Algumas contradições. 1.1 Da dificuldade em conciliar as referências contraditórias em se tratando da pesquisa sobre o embrião. 1.2 Da dificuldade de se fundamentar a interdição da clonagem reprodutiva. 1.3 Os direitos do homem, muralha incerta à instrumentalização do humano.

## RESUMO

Trata-se de artigo sobre a influência das normas internacionais sobre o direito nacional em matéria de Bioética.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito internacional. Direito interno. Bioética.

A internacionalização do direito é uma realidade que se traduz de várias maneiras. Para um constitucionalista, ela se encontra, particularmente, na forma pela qual o Direito dos direitos fundamentais tende a homogeneizar a redação das disposições constitucionais relativas a estas questões.

Se os textos diferem na sua redação, a interpretação dada pelos juizes, europeus, nacionais, constitucionais ou ordinários, tenderá geralmente ao mesmo resultado, marcado pela interpenetração das ordens jurídicas. Sem modificação dos textos de referência, constitui-se, assim, um esboço de di-

\* Professor de Direito da Universidade Paris I - Panthéon-Sorbonne, Diretor do Centro de pesquisas em Direito Constitucional da referida instituição de ensino superior, Doutor em Direito, autor de obras de Direito Constitucional e de Contencioso Constitucional [equivalente ao direito processual constitucional N.T.] e de incontáveis artigos publicados em revistas francesa e estrangeiras, além de conferencista renomado na França e em outros países.

<sup>NT</sup> Artigo traduzido por Fátima Viana e revisado por Valeschka e Silva Braga.

reito comum. A universalização dos direitos fundamentais corresponde à globalização econômica e à concorrência científica que incitam igualmente à internacionalização do direito e à eliminação de constrangimentos que podem representar as diferenças estatais.

Em matéria de bioética, o caráter universal dos desafios, o peso dos interesses econômicos, o caráter transnacional da investigação, a fragilidade relativa dos direitos nacionais, são vários dos fatores que conduziram à elaboração de um direito que primeiro foi internacional. Desta realidade, freqüentemente foi retida uma aparência segundo a qual este direito internacional serve de referência para o desenvolvimento das legislações nacionais.

Devido à sua fraca normatividade, mas também devido à sua ambigüidade substancial, o direito internacional da bioética é constituído essencialmente de princípios diretores que traduzem mais uma preocupação comum que a investigação de normas comuns. Esta situação específica pode explicar-se pelos conflitos de valores que estão presentes na obra no direito da bioética e na crise que atravessa o Direito dos direitos fundamentais, apesar de sua aparente prosperidade.

## **I UMA REALIDADE: O LUGAR PREPONDERANTE DAS NORMAS INTERNACIONAIS NO DIREITO DA BIOÉTICA**

O sistema normativo da bioética é o testemunho avançado da evolução do direito. Com efeito, confrontado aos progressos da ciência e da técnica, ao rompimento do sistema de valores, à inflação dos desejos individuais transmutados em direitos fundamentais, à contestação da norma jurídica imperativa, o enquadramento social tende a transformar-se, tanto no que diz respeito à forma da regra quanto à sua substância. No plano formal, o sistema normativo não é mais exclusivamente jurídico. Testemunham, no plano internacional, o desenvolvimento de normas, editadas por organizações não governamentais ou governamentais, desprovidas de força jurídica, e o papel desempenhado, no plano nacional e internacional, pelos Comitês de Ética. Entretanto, hoje, este direito se cristalizou em diversos textos que são da competência do direito internacional *stricto sensu*.

### **1 O SISTEMA NORMATIVO EM MATÉRIA DE BIOÉTICA: UMA CONSTRUÇÃO ORIGINAL**

Historicamente, os princípios aplicáveis em matéria de bioética foram estabelecidos primeiro a nível internacional, em Nuremberg, no ano de 1947. O Código de Nuremberg, com efeito, foi estabelecido, no âmbito do julgamento dos médicos nazistas, por um tribunal militar americano, habilitado por 23 Estados, e que funcionou por delegação do Tribunal Internacional de Nuremberg, de acordo com as regras em vigor referentes a esta jurisdição.

Mesmo se ele repousa sobre fundamentos jurídicos incertos, porque este tribunal não foi criado precisamente para estabelecer regras de alcance geral, pode-se considerar, contudo, que este Código, hoje, está integrado ao direito internacional costumeiro. Assim, os princípios que ele enuncia a propósito das experimentações clínicas sobre o Homem são reencontrados em todos os textos de bioética.

Trata-se essencialmente de subordinar estas experiências ao consentimento da pessoa, assunto da investigação pelo seu julgamento, o Tribunal de Nuremberg sublinhava a necessidade de afirmar a dignidade da pessoa humana, na sua própria essência, assim como proibir que ela seja tratada como um objeto, independentemente das circunstâncias e dos objetivos perseguidos.

Foi necessário esperar os anos 60 e a tomada de consciência do fato de que certas experimentações efetuadas em estados democráticos, em especial nos Estados Unidos, podiam ser gravemente violadoras dos direitos humanos, para que uma nova fase de regulamentação das práticas biomédicas intervesse. Inicialmente, constituiu-se, então, um “direito frouxo”, procedente, essencialmente, de resoluções de organizações internacionais que serviram ao mesmo tempo de caixa de ressonância às apreensões da opinião pública e de preparação à elaboração de verdadeiras normas jurídicas.

A partir de textos fundamentais, como a Declaração Helsínquia da Associação médica mundial, de 1964, e a Declaração de Manilha do C.I.O.M.S, de 1981, desenvolveu-se uma grande quantidade de textos publicados por O.N.G<sup>1</sup>, cujo alcance é extremamente variável. Se alguns destes textos desempenham um papel determinante, eles visam, às vezes, a enquadrar, numa preocupação corporativista, práticas que são objeto de proibições nacionais ou internacionais.<sup>2</sup> É apenas num segundo momento, e enquanto o direito na matéria estava ainda muito pouco explícito (na França, a primeira legislação global data de 1994), que foram adotados instrumentos internacionais, tais como a Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos do homem da UNESCO (1997)<sup>3</sup> e a Convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina do Conselho da Europa (1996).<sup>4</sup>

Enfim, no plano internacional, uma nova etapa é chegada, quando um texto relativo aos direitos do homem e vocação geral, justo das disposições específicas à bioética. É assim da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia que no seu primeiro capítulo consagrado ao princípio de dignidade contém disposições específicas às práticas biomédicas.

## 2 O DIREITO INTERNACIONAL DA BIOÉTICA: INSTRUMENTOS JURÍDICOS DIVERSIFICADOS

Enquanto o sistema normativo referente à bioética é particularmente sufocado, mas formado de textos de valor desigual e de alcance desigual, só

tratarei aqui dos principais textos de natureza jurídica que se referem à bioética ou que contêm disposições específicas à bioética.

## 2.1 A declaração da Unesco sobre o genoma humano

Este texto exalta, primeiramente, a primazia da dignidade do indivíduo. Ele lembra, em segundo lugar, o caráter fundamental da liberdade da pesquisa, ainda que legitimadas as restrições das quais esta pode ser o motivo, a fim de preservar os direitos e a dignidade das pessoas. Enfim, e em terceiro lugar, a Declaração tende a reatualizar os direitos de «solidariedade» no contexto da bioética.

Entre os direitos especificamente reconhecidos: o direito à segurança que impõe aos praticantes e aos pesquisadores de só intervir sobre o genoma de um indivíduo «após uma avaliação rigorosa... dos riscos e vantagens potenciais» de sua intervenção; o direito do indivíduo de consentir, de maneira informada e prévia a uma tal intervenção; o «direito de não saber», isto é, de recusar eventualmente de conhecer os resultados de um exame genético (art. 5º); o direito de não ser motivo de discriminações injustificadas, fundadas em características genéticas individuais (art. 6º), o direito à confidencialidade dos dados genéticos individuais (art. 7º); o direito à reparação dos danos “tendo como causa direta e determinante uma intervenção sobre seu genoma” (art. 8º).

## 2.2 A Convenção de Bioética do Conselho da Europa

O « direito » europeu da bioética está em estado essencialmente encarnado na Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina do Conselho da Europa de 1996, ou Convenção de Oviedo. É um texto bastante representativo de uma construção ordenada a partir do princípio de dignidade.

O artigo 1º desta Convenção estipula que « as Partes da presente Convenção protegem o ser humano em sua dignidade e sua identidade e garantem a todos, sem discriminação, o respeito de sua integridade e de seus outros direitos e liberdades fundamentais, frente às aplicações da biologia e da medicina ». O artigo 2º acrescenta que « o interesse e o bem do ser humano devem prevalecer sobre o único interesse da sociedade e da ciência ».

Entre os princípios inscritos na Convenção, figuram o princípio do consentimento, o da exigência do respeito da vida privada que induz, sobretudo, o direito dos pacientes à informação ou à não-informação e à proteção das informações referentes à sua saúde (art. 10). A liberdade da pesquisa é afirmada, mas seu exercício é condicionado ao respeito das disposições que asseguram a proteção do ser humano. A integridade do corpo humano é

protegida pelos princípios de não comercialização do corpo humano (art. 21). Em se tratando do genoma humano, a Convenção prescreve que uma intervenção sobre o genoma de uma pessoa só possa ter uma finalidade preventiva, diagnóstica ou terapêutica. A garantia destes direitos é assegurada pela afirmação de um direito à reparação (art. 24).

### 2.3 A Carta dos direitos fundamentais da União Européia

Quando se trata de questões que dependem da bioética, a Carta Européia apresenta uma dupla originalidade. Por um lado, é o primeiro grande texto generalista e internacional relativo aos direitos fundamentais a tratar desta questão. Assim, a bioética não é mais somente o objeto de declarações ou de convenções especializadas, ela ocupa, no âmbito dos direitos fundamentais, um lugar que tende a se banalizar. Por outro lado, estas disposições da Carta Européia são o testemunho do lugar crescente que ocupam as questões biomédicas no direito europeu, como o mostram, por exemplo, a diretiva sobre a brevidade do humano bem como os inúmeros e ricos pareceres do Grupo Europeu de Ética.<sup>5</sup>

A própria estrutura da Carta coloca estas questões em primeiro plano, em um capítulo destinado à dignidade que precede a um segundo capítulo intitulado « liberdades », no âmbito do qual se encontram essencialmente os direitos liberais clássicos, um terceiro capítulo sobre a « igualdade » e um quarto dedicado à solidariedade. Alguns destes direitos ou destas liberdades não são estranhos à bioética, é assim, por exemplo, sobre: a proteção dos dados pessoais (art. 8), a liberdade da pesquisa (art. 13), o princípio da não-discriminação - do qual é especificado que ele tem em vista as características genéticas (art. 21), o direito à saúde (art. 35).

O capítulo dedicado ao princípio de dignidade não visa exclusivamente às questões referentes à bioética. Ele coloca em seu artigo 1º o referido princípio e se dedica, em seus artigos seguintes, a desenvolver suas conseqüências no que diz respeito ao direito à vida, ao direito à integridade, à interdição da tortura e das penas ou de tratamentos desumanos e/ou degradantes, à proibição da escravatura e do trabalho forçado.

## II UMA CONSTATAÇÃO: O CARÁTER POUCO CONSTRINGENTE DO DIREITO INTERNACIONAL DA BIOÉTICA

A força jurídica dos textos do Direito Internacional da Bioética é bastante fraca. A Declaração da Unesco, mesmo tendo sido renovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, não tem a força jurídica de um tratado. A Convenção de Bioética do Conselho da Europa é um tratado, mas não foi ratificado pela França. Quanto à Carta dos direitos fundamentais da União Européia, se bem que dotada de uma real influência é, no momento, despro-

vida de força jurídica. Somente no âmbito da União Européia as normas jurídicas, sobretudo as diretivas referentes à bioética, são dotadas de uma força real de pressão jurídica. Salientaremos que não se trata de textos referentes aos direitos fundamentais, mas de uma harmonização das práticas.

Independentemente da questão referente a seu alcance jurídico, os textos aqui relatados são, freqüentemente, redigidos ou interpretados de tal modo que são mais proclamatórios do que imperativos. Ilustraremos esta afirmação tomando um certo número de exemplos sem pretensão à exaustão.

## 1 PRINCÍPIOS DERROGÁVEIS

Tratando-se do princípio do consentimento, a Declaração Universal da Unesco sobre o genoma humano mostra como a afirmação solene de um princípio pode esconder, de fato, uma grande faculdade de derrogação. Este texto estende o campo da exigência do consentimento em todas as formas de intervenção para fins médicos ou científicos sobre o genoma de um indivíduo. Ele prevê a possibilidade de derrogação em matéria de ações de investigação de paternidade ou de autores de infrações.<sup>6</sup> Mas se o interessado não está em condições de expressar seu consentimento, este pode ser dado por terceiros. Sobre este assunto, o texto (art. 9) é ambíguo, o retorno à hipótese de que o interessado não está em condições de expressar seu consentimento poderia remeter às hipóteses onde o obstáculo depende da legislação nacional. O artigo 5º da Declaração remete, sem dúvida, a esta hipótese, às disposições das leis nacionais, tendo como limite somente a consideração de interesse superior do interessado. Aliás, esta questão da representação do consentimento é uma das questões fundamentais em matéria de bioética. Um conceito extensivo da noção de consentimento feito por representação é suscetível de esvaziar de sentido o próprio conceito. O artigo 9º prevê igualmente, de maneira geral, derrogações ao princípio do consentimento.

Encontramos os mesmos limites trazidos ao princípio afirmado tratando-se da utilização dos testes genéticos preventivos realizados em uma pessoa.

Em nível mundial, a Declaração sobre o genoma humano da Unesco determina que « Ninguém deve ser motivo de discriminações fundadas sobre suas características genéticas que teriam por finalidade ou por efeito prejudicar seus direitos e suas liberdades fundamentais e o reconhecimento de sua dignidade» (art. 6). A Convenção sobre Bioética adotada pelos Países do Conselho da Europa, em novembro de 1996, proíbe « toda forma de discriminação contra uma pessoa em razão de seu patrimônio genético » (art. 11).

Entretanto, enquanto os princípios apresentados parecem relativamente claros, a lógica do direito aplicável à utilização dos testes genéticos é um pouco confusa. Tratando-se da utilização dos testes genéticos em certos atos

da vida social, a discussão continua amplamente aberta a partir de uma recusa de princípio. Esta recusa só vale enquanto os resultados dos testes genéticos parecem, no conjunto, pouco utilizáveis. A questão diz respeito essencialmente às discriminações genéticas que poderiam ser operadas em matéria de acesso ao emprego e ao seguro de saúde. Ora, além das condenações de princípio, certos textos são mais ambíguos. Assim, a Convenção Bioética do Conselho da Europa não se opõe a que um candidato ao referido seguro faça espontaneamente uso de testes genéticos favoráveis. Do mesmo modo, o esboço da declaração internacional sobre os dados genéticos humanos do Comitê Internacional da Unesco (versão de 28 de outubro de 2002) prevê que “Os dados genéticos associados a uma pessoa identificável, a uma família ou a um grupo não são acessíveis a terceiros, sobretudo aos empregadores, às companhias de seguro ou às instituições educativas, salvo nos casos previstos pela legislação ou pela regulamentação nacionais...”

## 2 REGRAS INOPERANTES

As contradições ligadas ao reconhecimento da proteção do embrião humano em nome do princípio da dignidade e dos imperativos científicos e econômicos invocados em apoio de sua utilização como material de pesquisa, leva a esvaziar de seu conteúdo certas disposições normativas.

Assim, o artigo 1º da Convenção “bioética” do Conselho da Europa estabelece uma distinção interessante entre ser humano e pessoa que não pode ser fortuito em relação ao contexto e à data de sua elaboração. Assim, o ser humano é protegido em sua dignidade e sua identidade enquanto que a pessoa vê o respeito de sua integridade e de seus direitos e liberdades fundamentais garantidos sem discriminação. O princípio de dignidade protege então o ser humano e logo, poderíamos pensar, o embrião. Com efeito, se o embrião não é juridicamente apreendido como uma pessoa é, no sentido literal, um ser humano. Por outro lado, o artigo 18 de mesmo texto admite que certas legislações nacionais permitem pesquisas sobre o embrião *in vitro*, com a condição de que estas garantam uma proteção adequada do embrião. Uma interpretação literal deste texto deveria levar a considerar que toda pesquisa levando à destruição de um embrião não pode ser considerada como assecuratória de uma proteção adequada deste último.

Entretanto, a interpretação deste texto não é tão clara quanto parece. Com efeito, a relação explicativa desta convenção que se define não como sendo um instrumento de interpretação autêntica, mas como um esclarecimento precioso sobre as intenções das partes, e que remete ao direito interno dos Países o cuidado de determinar o significado dos termos ser humano e pessoa, o que enfraquece de modo sensível a extensão deste texto. Com efeito, uma norma da qual os destinatários podem avaliar livremente a extensão definindo de maneira discreta os conceitos aos quais ela se refere, é desprovida de toda afetividade.

Encontramos uma lógica similar tratando-se da interpretação da exigência convencional da proteção da vida. O artigo 2º da Convenção Européia dos Direitos do Homem precisa que “a morte não pode ser imposta a ninguém intencionalmente” e nenhuma das derrogações previstas se refere às circunstâncias próprias, à eutanásia ou ao suicídio assistido. Este texto prevalece sobre as legislações nacionais dos Países que aderiram a esta Convenção. Entretanto, no caso *Pretty contra Reino Unido* de 29 de abril de 2002, se a Corte Européia dos Direitos do Homem considerou que não se podia interpretar o artigo 22 como conferindo um direito à morte, ela não reteve deste artigo a interpretação segundo a qual ele proibiria que fosse reconhecido um direito de lhe ser dada a morte. Assim, enquanto que este artigo 2º proclama um direito objetivo à vida, a Corte o interpreta como reconhecendo um direito subjetivo à proteção de sua vida.

A Corte une-se ao sentido dado a este direito pela Carta dos direitos fundamentais da União Européia fazendo abstração da diferença de formulação entre os dois textos. Destacaremos, nesta ocasião o papel essencial desempenhado pelo juiz, sobretudo europeu, na interpretação dos textos que eles adaptam à idéia que fazem do estado da sociedade.

### 3 REGRAS NÃO APLICADAS

De forma oposta, face às regras jurídicas européias rígidas e imperativas, o direito nacional se mostra às vezes reticente em executá-las.

É assim em matéria de brevidade das invenções biotecnológicas referentes à vida humana. Esta questão tomou uma amplitude considerável sob a pressão dos riscos econômicos e científicos induzidos da descodificação do genoma humano. Em 1998, uma diretiva européia fixou as regras aplicáveis à matéria. Enquanto que esta diretiva devia ser transposta em direito francês em julho de 2000, o legislador francês se interroga ainda sobre a questão de sua transposição em direito nacional.

No caso, esta diretiva só foi transposta por seis países e foi motivo de um recurso perante a Corte de Justiça da Comunidades Européias. Na ocasião do debate sobre a modificação das leis chamadas bioéticas, o legislador nacional encara uma transposição parcial desta diretiva.<sup>7</sup> A primeira redação votada pela Assembléia Nacional entrava diretamente em conflito com o artigo 5º da diretiva que precisa que um elemento isolado do corpo humano, ou produzido por um procedimento técnico, inclusive a seqüência ou a seqüência parcial de um gene pode constituir uma invenção patenteável mesmo se a estrutura deste elemento é idêntica a de um elemento natural. Após os debates no Senado, foi elaborada uma tentativa de compromisso. O texto foi assim redigido: “Não podem constituir invenções patenteáveis o corpo humano nos diferentes estágios de sua constituição e de seu desenvolvimento, bem como a simples descoberta de um de seus elementos, inclusive

a seqüência parcial de um gene (*esta parte do texto é uma retomada pura e simples da alínea 5 da diretiva*). A proteção pela patente de uma invenção constituindo a aplicação técnica de uma função de um elemento do corpo humano só cobre este elemento na medida em que ele permite esta aplicação particular, que deve ser concretamente e precisamente exposta na solicitação de patente”.

O risco desta redação é permitir que a existência de uma patente sobre as aplicações específicas de uma função de um gene não limitam a liberdade da pesquisa sobre outras aplicações extraídas deste gene. Trata-se, entretanto, de uma interpretação muito restritiva da diretiva.<sup>8</sup>

#### **4 REGRAS CUJA APLICAÇÃO ESTÁ SUBORDINADA AO DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS NACIONAIS**

Existem também hipóteses em que a elaboração ou a aplicação do direito internacional estão subordinadas às evoluções do direito nacional.

Assim, a criação de embriões humanos por meio de clonagem a fim de obter células ES (células troncos), é expressamente condenada pela Convenção de Bioética do Conselho da Europa que determina, sem ambigüidades, que é proibida a constituição de embriões humanos para fins de pesquisa.

Ora, na França, o anteprojeto de lei de revisão das leis “bioéticas” de 2001 previa que embriões podiam ser criados por clonagem para fins de pesquisa. Esta disposição foi retirada, sobretudo, após a oposição do Presidente da República. Reintegrada pelos deputados por ocasião do debate na Assembleia Nacional, ela não foi retomada pelo Senado, apesar de um parecer favorável do Comitê Consultivo Nacional de Ética. Talvez a existência de tais incertezas tenha levado o legislador francês a esperar a adoção da nova lei para debater a ratificação da Convenção de Oviedo. No caso, não é a regra internacional que condiciona a regra nacional, mas o contrário.

### **III UM ELEMENTO DE EXPLICAÇÃO: O CARÁTER ENCANTATÓRIO DA INVOCAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA DE BIOÉTICA**

A dificuldade em traduzir nos direitos nacionais certos princípios afirmados pelos textos internacionais e o caráter pouco operatório destes textos encontra talvez uma explicação nos conflitos de valores envolvendo o direito da bioética, conflitos mais mascarados que resolvidos pelo recurso à ética dos comitês do mesmo nome. Mais concretamente seria preciso levar em consideração o fato de que os direitos do homem não representam, apesar das aparências, o único fundamento do direito da bioética.

## 1 ALGUMAS CONTRADIÇÕES

Estas contradições são evidentes tanto no que se refere à regulamentação da pesquisa sobre o embrião, quanto sobre a interdição da clonagem reprodutiva.

### 1.1 Da dificuldade em conciliar as referências contraditórias em se tratando da pesquisa sobre o embrião

O Grupo Europeu de Ética das Ciências e das novas tecnologias junto à Comissão Européia pronunciou, em novembro de 1998, um parecer referindo-se à questão da pesquisa sobre os embriões humanos.<sup>9</sup> Levando em conta o caráter contrastante da paisagem legislativa européia, o Comitê manifesta, em seu parecer, ao mesmo tempo uma consciência dos problemas morais e éticos apresentados por uma tal pesquisa e uma preocupação realista que leva de fato a aceitar que seja executada uma concepção utilitarista do embrião humano. Entretanto, o Grupo preconiza o financiamento das pesquisas sobre o embrião baseando-se em um certo número de considerações. Inicialmente, o Comitê ressalta com relação às diferentes legislações nacionais e das diferentes concepções morais, o pluralismo que reina na Europa sobre esta questão. Após ter manifestado tal respeito pelas “concepções deontológicas”, que protegem o embrião em nome de sua condição humana, e as “concepções teleológicas” ou utilitaristas, que privilegiam os benefícios que a coletividade pode tirar da pesquisa sobre o embrião, o Grupo deduziu que esta pesquisa, não podendo ser proibida com relação ao “pluralismo cultural” e aos benefícios esperados, deve ser autorizada. E se ela é autorizada, ela deve poder ser financiada por fundos públicos europeus.

Esse raciocínio mostra a dificuldade de elaborar uma síntese consensual a partir dos direitos positivos nacionais contraditórios. A afirmação segundo a qual o Comitê não toma uma decisão entre os diferentes sistemas de valor em causa não é exata. Na verdade, admitir em nome do pluralismo que pesquisas sobre o embrião sejam financiadas pela União, é de fato, tomar partido em favor da tese “utilitarista”.

### 1.2 Da dificuldade de se fundamentar a interdição da clonagem reprodutiva

As tentativas feitas a fim de estabelecer a nível universal um texto condenando a clonagem e de inserir esta condenação na lei francesa traduzem, além das aparências, uma certa incerteza sobre o que deve fundamentar tal condenação.

O texto de lei referente à bioética, como adotado pelo Senado Francês, faz da clonagem reprodutiva um crime pertencendo a uma categoria nova, contra a espécie humana. É preciso se interrogar por que razão esta técnica representa uma interdição maior: perigo, inutilidade científica e

médica, ameaças à espécie? Caso se proteja o indivíduo, trata-se de proteger sua identidade genética ou seu modo de fabricação (reprodução ou procriação)? Os textos que condenam esta técnica são, deste ponto de vista, divergentes. A Declaração da Unesco sobre o genoma humano considera que a clonagem reprodutiva é contrária à dignidade humana. A Carta dos direitos fundamentais da União Européia a considera contrária à integridade da pessoa. Na França, em seu relatório anterior à revisão das leis bioéticas, o Conselho de Estado baseou-se sobre a proteção da integridade da espécie humana. Em 1994, o Conselho Constitucional fez da proteção da espécie humana um princípio legislativo responsável pelo princípio constitucional da dignidade.

Se nos referimos à proteção da espécie humana, é a seleção da espécie humana que está assim condenada, mas de um lado, inúmeras práticas eugênicas são autorizadas, sobretudo a pesquisa pré-natal ou de pré-implante das anomalias genéticas ou a esterilização dos deficientes mentais, de outro lado uma prática isolada não depende das práticas eugênicas organizadas (únicas condenadas pela lei francesa). A condenação da clonagem reprodutiva em nome da dignidade da pessoa humana é muito ambígua, pois ela tenderia a negar a dignidade da criança que poderia um dia, ser reproduzida por clonagem, enquanto que não se pode considerar que a dignidade humana está ligada a seu modo de reprodução. Enfim, a criação de uma nova categoria juridicamente protegida, a espécie humana, causa vários problemas. Ela é conceitualmente mal definida e acentua o desenvolvimento de direitos coletivos em detrimento dos direitos individuais.

O desenvolvimento de uma ética necessariamente provisória, casual e produzida pelo consenso como substituto a um direito fundado sobre um sistema de valores, o dos direitos do homem, tende a misturar as lógicas às quais obedecem as regras apresentadas e sua razão de ser. Ela desenvolve um sistema normativo baseado na emoção flutuante e que deste modo se apresenta pouco protetor dos indivíduos. Por outro lado, a aceitação em nome da erradicação de certas doenças, de práticas que instrumentalizam a vida humana enfraqueceu consideravelmente a força dos argumentos que justificam uma interdição radical da clonagem reprodutiva.<sup>10</sup>

### 1.3 Os direitos do homem, muralha incerta à instrumentalização do humano

O direito da bioética, quer seja interno ou internacional, é inscrito de maneira muito voluntarista na relação de filiação com os direitos do homem, sobretudo os princípios de dignidade e de liberdade. Não somente a importância concedida a estes direitos fundamentais, mas também a multiplicidade e a interação das normas jurídicas ou não-jurídicas utilizadas em matéria de bioética dão testemunho desta constituição, de uma ordem onde a fonte formal da norma conta em definitivo menos que a substancialidade do direito.

Esta evolução profunda do sistema jurídico se acompanha de uma crise dos fundamentos sobre os quais ele é construído. A força do movimento e seu caráter inelutável repousam sobre uma conjunção de fatores. Inicialmente, o sistema de valores em volta dos quais se organiza a sociedade não apresenta mais, pelo menos em nossas sociedades ocidentais, coerência real, ou mais exatamente sua coerência se constrói em torno da diversidade. Assim, as diferenças são valorizadas tanto nas crenças e nas ideologias quanto nos comportamentos. Torna-se então muito difícil encontrar um acordo sobre valores cuja aceitação comum induz o respeito das regras que dele decorrem. Assim, o reconhecimento de direitos próprios a categorias particulares, constituídas em função de seu sexo, de sua idade, de sua língua ou de seu comportamento sexual, por exemplo, faz explodir a unidade reconhecida no grupo social. A decisão pelo voto majoritário se substitui a decisão obtida por consenso. A democracia representativa tende a se substituir um sistema oligárquico composto de sábios e do culto cujo desenvolvimento se alimenta da complexidade das questões a serem tratadas. Enfim, saindo da vocação inicial que é obra de conhecimento, a ciência se impõe como um fator de organização social sobre sua própria legitimidade devido a desenvolvimentos consideráveis que ela conhece e das promessas de alívio de certos sofrimentos humanos que ela gera.

A mundialização das forças econômicas e das atividades científicas exige, no entanto, a determinação de um sistema de valor mínimo, geralmente aceito sobre o plano universal. Ora, o alcance dos direitos fundamentais é enfraquecido, sobretudo, por duas características, os termos empregados são polissêmicos e a afirmação dos princípios, relativamente imutável, é corrigida pelo desenvolvimento exponencial das derivações que são trazidas. De fato, o lugar ocupado pelos direitos fundamentais no sistema normativo da bioética deu a aparência de um ordenamento do direito a partir de um sistema de valores encarnado nas regras de direito substanciais (constitucionais ou internacionais). Provavelmente é só uma aparência. As fraquezas que afetam os direitos fundamentais, às quais nós acabamos de nos referir, e a força dos interesses, notadamente econômicos, estabelecem uma relação de força que o direito mascara formalmente e traduz substancialmente.

O sistema dos direitos do homem repousa essencialmente, sobre um conceito ontológico que coloca o homem no centro da natureza. Esta coerência é ameaçada por certas teses que fazem do homem uma criatura, entre as outras, que deve ser protegida, do mesmo modo que as espécies animais, o ar ou a água. Esta concepção extrema da ecologia, visa, não a proteger o meio ambiente do homem, mas a reconhecer, não somente aos animais, mas também ao conjunto do mundo vivo, um direito à proteção. Ela encontra um certo eco nos textos jurídicos. Assim, o artigo 24 *nonies* da Constituição Federal Suíça reconhece a dignidade da criatura. Assim, a Constituição Alemã fez do animal um objeto constitucionalmente protegido. Assim, a legislação suíça distinguiu o estatuto jurídico do animal do da coisa.<sup>11</sup> Ao mesmo

tempo, a vida humana é despersonalizada, quer se trate de sua utilização para fins científicos ou de sua submissão ao direito das patentes. Em matéria genética, não é mais o indivíduo ou a espécie humana que são protegidos, mas a biodiversidade.<sup>12</sup> O patrimônio genético da humanidade é protegido como, por exemplo, o patrimônio vegetal, não mais em nome da dignidade humana, mas simplesmente em virtude do princípio da precaução. A intervenção sobre o genoma humano depende então de uma problemática similar àquela que visam os organismos geneticamente modificados (O.G.M.). O desenvolvimento da noção de direito do vivo que engloba sob um mesmo conceito a bioética e os biotecnologias contribui para confundir diferenças fundamentais. A transformação do objeto dos direitos fundamentais que marca simbolicamente a substituição desta terminologia àquela dos direitos do homem, facilita esta evolução da qual ela também dá um testemunho.

---

<sup>1</sup> Cf. A lista preparada pela OMS e publicada em LENOIR, N. E MATHIEU, B. *Droit international de la bioéthique (textos)* Coleção "Que sais-je ?", n. 3395, Paris: PUF, 1998.

<sup>2</sup> Para exemplos neste sentido Cf. LENOIR, MATHIEU, 1998.

<sup>3</sup> Preparada por iniciativa da França pelo Comitê Internacional de Bioética com o apoio de sua presidente, Noëlle Lenoir.

<sup>4</sup> Cf. LENOIR, MATHIEU, 1998.

<sup>5</sup> Cf. *O Relatório Geral de Atividades 1998-2000*, publicado por este organismo.

<sup>6</sup> Art. 9, Cf N. Lenoir, artigo citado, *Rapport public du Conseil d'Etat*, 1998 (*Relatório público do Conselho de Estado*, 1998).

<sup>7</sup> Cf. *Rapport du Sénat*, Commission des affaires sociales (*Relatório do Senado*. Comissão dos assuntos sociais) 128, 2002-2003.

<sup>8</sup> Ela poderia, entretanto, apoiar-se na decisão CJCE de 9 de outubro de 2001 que respondendo a um argumento segundo o qual esta diretiva seria contrária ao princípio de dignidade humana responde que « a diretiva só se estende a dados biológicos existindo no estado natural no ser humano na medida necessária à realização e à exploração de uma aplicação industrial. Não é proibido considerar que a patente só se refere a estas aplicações industriais particulares.

<sup>9</sup> Parecer n. 12 de 23 de novembro de 1998.

<sup>10</sup> Cf. o parecer do CCNE sobre a prática chamadas de « crianças medicamentos » de 2002.

<sup>11</sup> Lei de 19 de fevereiro de 2003, *Dictionnaire permanent de bioéthique*. ED, legislativas, bol. 123, p. 7119.

<sup>12</sup> A convenção da O.N.U. do RIO sobre a biodiversidade versa sobre o conjunto do mundo vivo. Não parece que ela se aplique ao homem. Entretanto, a Declaração da Unesco sobre o genoma humano se refere a ela no âmbito da ética biomédica. La convention de l'O.N.U. de RIO sur la biodiversité porte sur l'ensemble du monde vivant. il ne semble pas qu'elle s'applique à l'homme. Cependant la Déclaration de l'Unesco sur le génome humain, s'y réfère dans le cadre de l'éthique biomédicale.

**THE INCIDENCE OF THE INTERNATIONAL PRINCIPLES IN THE NATIONAL REGULATION OF BIOETHICS: THE INFLUENCE AND THE ENCHANTMENT**

**ABSTRACT**

An article on the influence of the international principles focusing national regulation of bioethics.

**KEYWORDS**

International Law. Bioethics. National Rights.

**L'INCIDENCE DES NORMES INTERNATIONALES SUR LE DROIT NATIONAL EN MATIÈRE DE BIOÉTHIQUE: ENTRE INFLUENCE ET INCANTATION**

**RÉSUMÉ**

Il s'agit d'un article sur l'influence des normes internationales sur le droit national en matière de bioéthique.

**MOTS-CLÉS**

Droit international. Droit national. Bioéthique.

# L'INCIDENCE DES NORMES INTERNATIONALES SUR LE DROIT NATIONAL EN MATIÈRE DE BIOÉTHIQUE: ENTRE INFLUENCE ET INCANTATION

Bertrand Mathieu\*

I Une réalité: la place prépondérante de normes internationales dans le droit de la bioéthique. 1 Le système normatif en matière de bioéthique: une construction originale. 2 Le droit international de la Bioéthique: des instruments juridiques diversifiés. 2.1 La Déclaration de l'Unesco sur le génome humain. 2.2 La Convention bioéthique du Conseil de l'Europe. 2.3 La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. II Un constat: le caractère peu contraignant du droit international de la bioéthique. 1 Des principes dérogeables. 2 Des règles rendues inopérantes. 3 Des règles non appliquées. 4 Des règles dont l'application est subordonnée aux développements des droits nationaux. III Un élément d'explication: le caractère incantatoire de l'invocation des droits fondamentaux en matière de bioéthique. 1 De quelques contradictions. 1.1 De la difficulté à concilier des références contradictoires s'agissant de la recherche sur l'embryon. 1.2 De la difficulté de fonder l'interdiction du clonage reproductif. 1.3 Les droits de l'homme, rempart incertain à l'instrumentalisation de l'humain.

## RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur l'influence des normes internationales sur le droit national en matière de bioéthique.

## MOTS-CLÉS

Droit international. Droit national. Bioéthique.

L'internationalisation du droit est une réalité qui se traduit de multiples manières. Pour un constitutionnaliste, elle se retrouve, en particulier, dans la manière par laquelle le droit des droits fondamentaux tend à homogénéiser la rédaction des dispositions constitutionnelles relatives à ces questions.

Si les textes diffèrent dans leur rédaction, l'interprétation donnée par les juges, européens, nationaux, constitutionnels ou ordinaires, tendra le

---

\* Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, Directeur du Centre de recherche en droit constitutionnel, Docteur en Droit, auteur des ouvrages dans les domaines du droit constitutionnel et du contentieux constitutionnel, ainsi que de nombreux articles publiés dans plusieurs Revues françaises et étrangères, bien aussi conférencier renommé en France et dans d'autres pays.

plus souvent au même résultat, marquée par l'interpénétration des ordres juridiques. Sans modification des textes de référence, se constitue ainsi une esquisse de droit commun. A l'universalisation des droits fondamentaux correspond la globalisation économique et la concurrence scientifique qui incitent également à l'internationalisation du droit et à l'élimination des contraintes que peuvent représenter les différences étatiques.

En matière de bioéthique, le caractère universel des enjeux, le poids des intérêts économiques, le caractère transnational de la recherche, la faiblesse relative des droits nationaux, autant de facteurs qui ont conduit à l'élaboration d'un droit qui d'abord été international. De cette réalité a souvent été retenue une apparence, celle selon laquelle ce droit international sert de cadre au développement des législations nationales.

Du fait de son faible normativité, mais aussi du fait de son ambiguïté substantielle, le droit international de la bioéthique est essentiellement constitué de principes directeurs qui traduisent plus une préoccupation commune que la recherche de règles communes. Cette situation spécifique peut s'expliquer par les conflits de valeurs qui sont à l'œuvre dans le droit de la bioéthique et la crise que traverse le droit des droits fondamentaux, malgré son apparente prospérité.

## **I UNE REALITÉ: LA PLACE PREPONDERANTE DES NORMES INTERNATIONALES DANS LE DROIT DE LA BIOETHIQUE**

Le système normatif de la bioéthique est le témoin avancé de l'évolution du droit. En effet, confronté aux progrès de la science et de la technique, à l'éclatement du système de valeurs, au gonflement des désirs individuels transmutés en droits fondamentaux, à la contestation de la norme juridique impérative, l'encadrement social tend à se transformer tant en ce qui concerne la forme de la règle que sa substance. Sur le plan formel, le système normatif n'est plus exclusivement juridique. En témoignent sur le plan international le développement de normes dégagées par des organisations non gouvernementales ou gouvernementales dépourvues de force juridique, et le rôle joué, au plan national et international, par les comités d'éthique. Cependant aujourd'hui ce droit s'est cristallisé dans un certain nombre de textes relevant du droit international stricto sensu.

### **1 LE SYSTÈME NORMATIF EN MATIÈRE DE BIOÉTHIQUE: UNE CONSTRUCTION ORIGINALE**

Historiquement, les principes applicables en matière de bioéthique ont été posés d'abord au niveau international, à Nuremberg, en 1947. Le Code de Nuremberg a en effet été établi, dans le cadre du jugement des médecins nazis par un tribunal militaire américain, habilité par 23 États, et qui fonctionnait par délégation du Tribunal international de Nuremberg, selon les règles en vigueur pour cette juridiction.

Même s'il repose sur des fondements juridiques incertains, car ce tribunal n'était pas précisément mandaté pour établir des règles de portée générale, on peut considérer cependant que ce Code est aujourd'hui intégré dans le droit international coutumier. Ainsi, les principes qu'il énonce à propos des expérimentations cliniques sur l'Homme se retrouvent-ils dans tous les textes de bioéthique.

Il s'agit pour l'essentiel de subordonner ces expériences au consentement de la personne, sujet de la recherche. Par son jugement, le Tribunal de Nuremberg soulignait la nécessité d'affirmer la dignité de la personne humaine, dans son essence même, ainsi que d'interdire qu'elle soit traitée comme un objet, quels que soient les circonstances et les buts poursuivis.

Il a fallu attendre les années soixante et la prise de conscience du fait que certaines expérimentations, menées dans des états démocratiques, en particulier les Etats-Unis, pouvaient être gravement attentatoires aux droits de l'homme, pour qu'une nouvelle phase de réglementation des pratiques biomédicales intervienne. Dans un premier temps s'est alors constitué un « droit mou » issu, pour l'essentiel, de résolutions d'organisations internationales qui ont servi à la fois de caisse de résonance aux inquiétudes de l'opinion publique et de préparation à l'élaboration de véritables normes juridiques.

A partir de textes fondamentaux, comme la Déclaration d'Helsinki de l'Association médicale mondiale de 1964 et de la Déclaration de Manille du CIOMS de 1981, se développent une grande quantité de textes publiés par des ONG<sup>1</sup> et dont la portée est extrêmement variable. Si certains de ces textes jouent un rôle déterminant, ils visent, parfois, à encadrer, dans un souci corporatiste, des pratiques qui font l'objet d'interdictions nationales ou internationales.<sup>2</sup> Ce n'est que dans un deuxième temps, et alors que le droit en la matière était encore très peu explicite (en France, la première législation d'ensemble date de 1994), qu'ont été adoptés des instruments internationaux comme la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco (1997)<sup>3</sup> et la Convention sur les droits de l'homme et la bio médecine du Conseil de l'Europe (1996).<sup>4</sup>

Enfin, sur le plan international, une nouvelle étape est franchie, lorsqu'un texte relatif aux droits de l'homme et à vocation générale, intègre des dispositions spécifiques à la bioéthique. Il en est ainsi de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dans son premier chapitre consacré au principe de dignité contient des dispositions spécifiques aux pratiques biomédicales.

## 2 LE DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE: DES INSTRUMENTS JURIDIQUES DIVERSIFIÉS

Alors que le système normatif relatif à la bioéthique est particulièrement étoffé, mais formé de textes d'inégale valeur et d'inégale

portée, je ne traiterai ici que des principaux textes de nature juridique qui sont relatifs à la bioéthique ou contiennent des dispositions spécifiques à la bioéthique.

## 2.1 La Déclaration de l'Unesco sur le génome humain

Ce texte consacre, en premier lieu, la primauté de la dignité de l'individu. Il rappelle, en second lieu, le caractère fondamental de la liberté de la recherche, même si sont par ailleurs légitimées les restrictions dont celle-ci peut faire l'objet afin de préserver les droits et la dignité des personnes. Enfin, et en troisième lieu, la Déclaration tend à réactualiser les droits de "solidarité" dans le contexte de la bioéthique.

Parmi les droits spécifiquement reconnus: le droit à la sécurité qui impose aux praticiens et aux chercheurs de n'intervenir sur le génome d'un individu "qu'après une évaluation rigoureuse... des risques et avantages potentiels" de leur intervention; le droit de l'individu de consentir, de manière informée et préalable, à une telle intervention; le "droit de ne pas savoir", c'est-à-dire de refuser éventuellement de connaître les résultats d'un examen génétique (art. 5); le droit de ne pas faire l'objet de discriminations injustifiées fondées sur des caractéristiques génétiques individuelles (art. 6); le droit à la confidentialité des données génétiques individuelles (art. 7); le droit à réparation des dommages «ayant pour cause directe et déterminante une intervention sur son génome» (art. 8).

## 2.2 La Convention bioéthique du Conseil de l'Europe

Le «droit» européen de la bioéthique est en l'état essentiellement incarné dans la Convention sur les droits de l'homme et la bio médecine du Conseil de l'Europe de 1996 ou Convention d'Oviedo. C'est un texte assez représentatif d'une construction ordonnée à partir du principe de dignité.

L'article 1 de cette Convention stipule que «les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentaux, à l'égard des applications de la biologie et de la médecine». L'article 2 ajoute que «l'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société et de la science».

Parmi les principes inscrits dans la Convention figurent le principe du consentement, l'exigence du respect de la vie privée qui induit notamment le droit des patients à l'information ou à la non-information et à la protection des informations relatives à leur santé (art. 10). La liberté de la recherche est affirmée mais son exercice est conditionné par le respect des dispositions qui assurent la protection de l'être humain. L'intégrité du corps humain est protégée par les principes de non-commercialité du corps humain (art. 21).

S'agissant du génome humain, la Convention prescrit qu'une intervention sur le génome d'une personne ne puisse avoir qu'une finalité préventive, diagnostique ou thérapeutique. La garantie de ces droits est assurée par l'affirmation d'un droit à réparation (art. 24).

### 2.3 La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

En ce qu'elle traite de questions relevant de la bioéthique, la Charte européenne présente une double originalité. D'une part, c'est le premier grand texte généraliste et international relatif aux droits fondamentaux à traiter de cette question. Ainsi la bioéthique n'est plus seulement l'objet de déclarations ou de conventions spécialisées, elle occupe au sein des droits fondamentaux une place qui tend à se banaliser. D'autre part ces dispositions de la Charte européenne témoignent de la place croissante qu'occupent les questions biomédicales dans le droit de l'Union européenne comme le montrent, déjà et par exemple, la directive sur la brevetabilité de l'humain ainsi que les nombreux et riches avis du Groupe européen d'éthique.<sup>5</sup>

La structure même de la Charte place ces questions au premier plan, dans un chapitre consacré à la dignité, qui précède un second chapitre intitulé « libertés » au sein duquel l'on retrouve pour l'essentiel les droits libéraux classiques, un troisième chapitre « égalité » et un quatrième consacré à la solidarité. Certains de ces droits ou de ces libertés ne sont pas étrangers à la bioéthique, il en est ainsi, par exemple de la protection des données à caractère personnel (art. 8), de liberté de la recherche (art. 13), du principe de non-discrimination, dont il est spécifié qu'il vise les caractéristiques génétiques, (art. 21), du droit à la santé (art. 35).

Le chapitre consacré au principe de dignité ne vise pas exclusivement les questions relatives à la bioéthique. Il pose en son article 1 le principe et s'attache dans ses articles suivants à en développer les conséquences en ce qui concerne, le droit à la vie, le droit à l'intégrité, l'interdiction de la torture et des peines ou des traitements inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé.

## II UN CONSTAT: LE CARACTÈRE PEU CONTRAIGNANT DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

La force juridique des textes du droit international de la bioéthique est assez faible. La Déclaration de l'Unesco, bien que reprise à son compte par l'Assemblée générale des Nations-unies, n'a pas la force juridique d'un traité. La Convention bioéthique du Conseil de l'Europe est un traité, mais il n'a pas été ratifié par la France. Quant à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, bien que dotée d'une réelle influence, elle est, pour l'instant, dépourvue de force juridique. Ce n'est que sur le terrain de l'Union européenne que les normes juridiques, notamment les directives, relatives à

la bioéthique, sont dotées d'une réelle force de contrainte juridique. On relèvera qu'il ne s'agit pas de textes concernant les droits fondamentaux, mais d'une harmonisation des pratiques.

Indépendamment de la question relative à leur portée juridique, les textes ici pris en compte sont, le plus souvent, rédigés ou interprétés de telle manière qu'ils soient plus proclamatoires qu'impératifs. On illustrera cette affirmation en prenant un certain nombre d'exemples, sans prétention à l'exhaustivité.

## 1 DES PRINCIPES DÉROGEABLES

S'agissant du principe du consentement, la Déclaration universelle de l'Unesco sur le génome humain montre comment l'affirmation solennelle d'un principe, peut cacher, en fait, une assez large faculté de dérogation. Ce texte étend le champ de l'exigence du consentement à toutes les formes d'intervention à des fins médicales ou scientifiques sur le génome d'un individu. Il prévoit la possibilité de dérogation en matière d'actions en recherche de paternité ou d'auteurs d'infractions.<sup>6</sup> Mais si l'intéressé n'est pas en mesure d'exprimer son consentement, ce consentement peut être donné par un tiers. Le texte (art.9) est sur ce point ambigu, le renvoi à l'hypothèse où l'intéressé n'est pas en mesure d'exprimer son consentement pourrait renvoyer à des hypothèses où l'obstacle tient à la législation nationale. L'article 5 de la Déclaration renvoie en effet, dans cette hypothèse, aux dispositions des lois nationales, en ne posant comme limite que la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'intéressé. Cette question de la représentation du consentement est d'ailleurs une des questions fondamentales en matière de bioéthique. Une conception extensive de la notion de consentement représenté est en effet susceptible de vider de son sens le principe lui-même. L'article 9 prévoit également, de manière générale, des dérogations au principe du consentement.

On retrouve les mêmes limites apportées au principe affirmé s'agissant de l'utilisation des tests génétiques prédictifs réalisés sur une personne.

Au niveau mondial, la Déclaration sur le génome humain de l'Unesco, précise que «Nul ne doit faire l'objet de discriminations fondées sur ses caractéristiques génétiques, qui auraient pour objet ou pour effet de porter atteinte à ses droits et à ses libertés fondamentales et à la reconnaissance de sa dignité» (art.6). La Convention bioéthique adoptée par les Etats du Conseil de l'Europe, en novembre 1996 prohibe «toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique» (art. 11).

Cependant, alors que les principes posés semblent relativement clairs, la logique du droit applicable à l'utilisation des tests génétiques est plus floue. S'agissant de l'utilisation des tests génétiques dans certains actes de la vie sociale, la discussion reste largement ouverte à partir d'un refus de principe. Ce refus ne vaut probablement que tant que les résultats des tests

génétiques s'avèrent dans l'ensemble assez peu utilisables. La question concerne essentiellement les discriminations génétiques qui pourraient être opérées en matière d'accès à l'emploi et à l'assurance. Or, au-delà des condamnations de principe, certains textes sont plus ambigus. Ainsi, la Convention bioéthique du Conseil de l'Europe ne s'oppose pas à ce qu'un candidat à l'assurance fasse spontanément état de tests génétiques favorables. De même, l'esquisse de la déclaration internationale sur les données génétiques humaines du Comité international de l'Unesco (version du 28 octobre 2002) prévoit que « Les données génétiques associées à une personne identifiable, à une famille ou à un groupe ne seront pas accessibles à des tiers, notamment aux employeurs, aux compagnies d'assurance ou aux institutions éducatives, sauf dans les cas prévus par la législation ou la réglementation nationales... ».

## 2 DES RÈGLES RENDUES INOPÉRANTES

Les contradictions liées à la reconnaissance de la protection de l'embryon humain au nom du principe de dignité et aux impératifs scientifiques et économiques invoqués à l'appui de son utilisation comme matériau de recherche conduit à vider de leur contenu certaines dispositions normatives.

Ainsi, l'article 1 de la Convention « bioéthique » du Conseil de l'Europe établit une intéressante distinction entre être humain et personne, qui ne peut être fortuite eu égard au contexte et à la date de son élaboration. Ainsi l'être humain est protégé dans sa dignité et son identité, alors que la personne voit le respect de son intégrité et de ses droits et libertés fondamentaux garantis sans discrimination. Le principe de dignité protège donc l'être humain et donc, pourrait-on penser, l'embryon. En effet si l'embryon n'est pas juridiquement appréhendé comme une personne, c'est au sens littéral des termes un être humain. Par ailleurs, l'article 18 du même texte admet que certaines législations nationales permettent des recherches sur l'embryon *in vitro*, à condition que celles-ci assurent une protection adéquate de l'embryon. Une interprétation littérale de ce texte devrait conduire à considérer que toute recherche conduisant à la destruction d'un embryon ne peut être considérée comme assurant une protection adéquate de ce dernier.

Cependant l'interprétation de ce texte n'est pas si claire qu'il n'y paraît. En effet, le rapport explicatif à cette convention, qui se définit lui-même comme n'étant pas un instrument d'interprétation authentique, mais qui apporte un éclairage précieux sur les intentions des parties, renvoie au droit interne des États le soin de préciser la signification des termes être humain et personne, ce qui affaiblit de manière très sensible la portée de ce texte. En effet, une norme dont les destinataires peuvent apprécier librement la portée en définissant discrétionnairement les concepts auxquels elle se rapporte est dénuée de toute effectivité.

On retrouve une logique similaire s'agissant de l'interprétation de l'exigence conventionnelle de la protection de la vie. L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme précise que « la mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement » et aucune des dérogations prévues ne concerne les circonstances propres à l'euthanasie ou au suicide médicalement assisté. Ce texte prévaut sur les législations nationales des Etats qui ont adhéré à cette Convention. Cependant, dans l'affaire *Pretty c. Royaume Uni*, du 29 avril 2002, si la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'on ne pouvait interpréter l'article 2 comme conférant un droit à la mort. Elle n'a pas retenu de cet article l'interprétation selon laquelle il interdirait que soit reconnue une faculté de se faire donner la mort. Ainsi, alors que cet article 2 proclame un droit objectif à la vie, la Cour l'interprète comme reconnaissant un droit subjectif à la protection de sa vie. La Cour rejoint le sens donné à ce droit par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne faisant abstraction de la différence de formulation entre les deux textes. On relèvera à cette occasion le rôle essentiel joué par le juge, notamment européen, dans l'interprétation des textes qu'ils adaptent à l'idée qu'ils se font de l'état de la société.

### 3 DES RÈGLES NON APPLIQUÉES

A contrario, face à des règles juridiques européennes rigides et impératives, le droit national se montre parfois réticent à les mettre en œuvre.

Il en est ainsi en matière de brevetabilité des inventions biotechnologiques relatives à la vie humaine. Cette question a pris une ampleur considérable sous la pression des enjeux économiques et scientifiques induits du décryptage du génome humain. En 1998, une directive européenne a fixé les règles applicables en la matière. Alors que cette directive devait être transposée en droit français en juillet 2000, le législateur français s'interroge encore sur la question de sa transposition en droit national.

En l'état, cette directive n'a été transposée que par six pays et elle a fait l'objet d'un recours devant la Cour de justice des Communautés européennes. A l'occasion du débat sur la modification des lois dites bioéthique, le législateur national envisage une transposition partielle de cette directive.<sup>7</sup> La première rédaction votée par l'Assemblée nationale entraînait directement en conflit avec l'article 5 de la directive qui précise qu'un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel ». A la suite des débats au Sénat, une tentative de compromis a été élaborée. Le texte a été ainsi rédigé : « Ne peuvent constituer des inventions brevetables le corps humain aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence

partielle d'un gène (*cette partie du texte est une reprise pure et simple de l'alinéa 1 de l'article 5 de la directive*) La protection par un brevet d'une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain ne couvre cet élément qu'en tant qu'il permet cette application particulière, qui doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet ».

L'enjeu de cette rédaction est de permettre que l'existence d'un brevet sur des applications spécifiques d'une fonction d'un gène ne limite pas la liberté de la recherche sur d'autres applications tirées de ce gène. Il s'agit cependant d'une interprétation très restrictive de la directive.<sup>8</sup>

#### **4 DES RÈGLES DONT L'APPLICATION EST SUBORDONNÉE AUX DÉVELOPPEMENTS DES DROITS NATIONAUX**

Il est également des hypothèses où l'élaboration, ou l'application, du droit international est subordonnée aux évolutions du droit national.

Ainsi, la création d'embryons humains par voie de clonage afin d'obtenir des cellules ES (cellules souches) est expressément condamné par la Convention bioéthique du Conseil de l'Europe qui précise, sans ambiguïtés, que la constitution d'embryons humains à des fins de recherche est interdite.

Or, en France, l'avant projet de loi de révision des lois « bioéthique » de 2001 prévoyait que des embryons puissent être créés par clonage à des fins de recherche. Cette disposition a été retirée à la suite, notamment, de l'opposition du Président de la République. Réintégrée par les députés lors du débat à l'Assemblée nationale, elle n'a pas été reprise à son compte par le Sénat, malgré un avis favorable du Comité consultatif national d'éthique. C'est probablement l'existence de telles incertitudes qui a conduit le législateur français à attendre l'adoption de la loi nouvelle pour débattre de la ratification de la Convention d'Oviedo. En l'espèce, ce n'est pas la règle internationale qui conditionne la règle nationale, mais l'inverse.

### **III UN ÉLÉMENT D'EXPLICATION: LE CARACTÈRE INCANTATOIRE DE L'INVOCATION DES DROITS FONDAMENTAUX EN MATIÈRE DE BIOÉTHIQUE**

La difficulté de traduire dans les droits nationaux certains des principes affirmés par les textes internationaux et le caractère peu opératoire de ces textes trouvent probablement une explication dans les conflits de valeurs qui traversent le droit de la bioéthique, conflits plus masqués que résolus par le recours à l'éthique des comités du même nom. Plus concrètement, il faudrait peut être prendre en considération le fait que les droits de l'homme ne représentent pas, malgré les apparences, le seul fondement du droit de la bioéthique.

## 1 DE QUELQUES CONTRADICTIONS

Ces contradictions sont manifestes tant en ce qui concerne la réglementation de la recherche sur l'embryon que l'interdiction du clonage reproductif.

### 1.1 De la difficulté à concilier des références contradictoires s'agissant de la recherche sur l'embryon

Le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne a rendu en novembre 1998 un avis concernant la question de la recherche sur les embryons humains.<sup>9</sup> Prenant acte du caractère contrasté du paysage législatif européen, le Comité manifeste dans son avis à la fois une conscience des problèmes moraux et éthiques posés par une telle recherche et un souci de réalisme qui conduit, en fait, à accepter que soit mise en oeuvre une conception utilitariste de l'embryon humain. Cependant, le Groupe préconise le financement des recherches sur l'embryon en se fondant sur un certain nombre de considérations. D'abord le Comité relève, au regard des différentes législations nationales et des différentes conceptions morales, le pluralisme qui règne en Europe sur cette question. Après avoir manifesté un égal respect pour les « conceptions déontologiques », qui protègent l'embryon, au nom de son humaine condition, et les « conceptions téléologiques », ou utilitaristes, et qui mettent en avant les bénéfices que la collectivité peut tirer de la recherche sur l'embryon le Groupe en déduit que cette recherche ne pouvant être interdite au regard du « pluralisme culturel » et des bénéfices attendus, elle doit être autorisée. Si elle est autorisée, elle doit pouvoir être financée par des fonds publics européens.

Ce raisonnement démontre la difficulté d'élaborer une synthèse consensuelle à partir de droits positifs nationaux contradictoires. L'affirmation selon laquelle le Comité ne tranche pas entre les différents systèmes de valeur en cause n'est pas exacte. En effet admettre, au nom du pluralisme que des recherches sur l'embryon soient financées par l'Union, c'est de fait, prendre partie en faveur de la thèse « utilitariste ».

### 1.2 De la difficulté de fonder l'interdiction du clonage reproductif

Les tentatives menées afin d'établir au niveau universel un texte condamnant le clonage reproductif et d'insérer cette condamnation dans la loi française traduisent, au-delà des apparences, une réelle incertitude sur ce qui doit fonder une telle condamnation.

Le texte de loi relatif à la bioéthique, tel qu'adopté par le Sénat français fait du clonage reproductif un crime appartenant à une catégorie nouvelle, celui contre l'espèce humaine. Il est nécessaire de s'interroger sur les raisons

pour lesquelles cette technique représente un interdit majeur : dangerosité, inutilité scientifique et médicale, menaces sur l'espèce ? Si l'on protège l'individu, s'agit-il de protéger son identité génétique ou son mode de fabrication (reproduction ou procréation) ? Les textes qui condamnent cette technique sont, de ce point de vue, divergents. La Déclaration de l'Unesco sur le génome humain considère que le clonage reproductif est contraire à la dignité humaine. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne le juge contraire à l'intégrité de la personne. En France, dans son rapport préalable à la révision des lois bioéthique, le Conseil d'Etat s'est fondé sur la protection de l'intégrité de l'être humain. En 1994, le Conseil constitutionnel a fait de la protection de l'intégrité de l'espèce humaine un principe législatif garant du principe constitutionnel de dignité.

Si l'on se réfère à la protection de l'espèce humaine, c'est la sélection génétique de l'espèce humaine qui est ainsi condamnée, mais d'une part, de nombreuses pratiques eugéniques sont autorisées, notamment le dépistage prénatal ou préimplantatoire des anomalies génétiques ou la stérilisation des handicapés mentaux, d'autre part une pratique isolée ne relève pas de pratiques eugéniques organisées (seules condamnées par la loi française). La condamnation du clonage reproductif au nom de la dignité de la personne humaine est très ambiguë, car elle tendrait à nier la dignité de l'enfant qui pourrait un jour être produit par clonage, alors que l'on ne peut considérer que la dignité d'un être humain est liée à son mode de production. Enfin la création d'une nouvelle catégorie juridiquement protégée, l'espèce humaine pose plusieurs problèmes. Elle est conceptuellement mal définie et elle accentue le développement de droits collectifs au détriment des droits individuels.

Le développement d'une éthique nécessairement provisoire, casuelle et produit par le consensus comme substitut à un droit fondé sur un système de valeurs, celui des droits de l'homme, tend à brouiller les logiques auxquelles obéissent les règles posées et leur raison d'être. Elle développe un système normatif fondé sur l'émotion, fluctuant et qui de se fait s'avère fort peu protecteur des individus. Par ailleurs, l'acceptation, au nom de l'éradication de certaines maladies, de pratiques instrumentalisant la vie humaine a considérablement affaibli la force des arguments qui justifient une interdiction radicale du clonage reproductif.<sup>10</sup>

### 1.3 Les droits de l'homme, rempart incertain à l'instrumentalisation de l'humain

Le droit de la bioéthique, qu'il soit interne ou international, est inscrit, de manière très volontariste dans un rapport de filiation avec les droits de l'homme, essentiellement les principes de dignité et de liberté. Non seulement l'importance accordée à ces droits fondamentaux, mais aussi la multiplicité et l'interaction des normes juridiques ou a-juridiques utilisées en matière de

bioéthique témoignent de cette constitution d'un ordre où la source formelle de la norme compte en définitive moins que la substantialité du droit.

Cette évolution profonde du système juridique s'accompagne d'une crise des fondements sur lesquels il est construit. La force du mouvement et son caractère probablement inéluctable reposent sur une conjonction de facteurs. D'abord, le système des valeurs autour desquelles s'organise la société ne présente plus, tout du moins dans nos sociétés occidentales, de réelle cohérence ou, plus exactement, sa cohérence se construit autour de la diversité. Ainsi les différences sont-elles valorisées tant dans les croyances et les idéologies que dans les comportements. Il devient ainsi très difficile de trouver un accord sur des valeurs dont l'acceptation commune induit le respect des règles qui en découlent. Ainsi la reconnaissance de droits propres à des catégories particulières, constituées en fonction de leur sexe, de leur âge, de leur langue ou de leur comportement sexuel, par exemple, fait éclater l'unité reconnue au groupe social. A la décision par vote majoritaire se substitue la décision obtenue par consensus. A la démocratie représentative tend à se substituer un système oligarchique composé de sages et de savants dont le développement se nourrit de la complexité des questions à traiter. Enfin, sortant de sa vocation initiale qui est oeuvre de connaissance, la science s'impose comme un facteur d'organisation sociale autour de sa propre légitimité du fait des développements considérables qu'elle connaît et des promesses de soulagement de certaines souffrances humaines qu'elle engendre.

La mondialisation des forces économiques et des activités scientifiques exige pourtant la détermination d'un système de valeur minimum communément accepté sur le plan universel. Or, la portée des droits fondamentaux est affaiblie, notamment, par deux caractéristiques, les termes employés sont polysémiques et l'affirmation des principes, relativement immuable, est corrigée par le développement exponentiel des dérogations qui y sont apportées. En fait, la place occupée par les droits fondamentaux dans le système normatif de la bioéthique a donné l'apparence d'un ordonnancement du droit à partir d'un système de valeurs incarné dans des règles de droit substantielles (constitutionnelles ou internationales). Ce n'est probablement qu'une apparence. Les faiblesses qui affectent les droits fondamentaux, auxquelles nous venons de faire allusion, et la puissance des intérêts, notamment économiques, établissent un rapport de force que le droit masque formellement et traduit substantiellement.

Le système des droits de l'homme repose essentiellement sur une conception ontologique qui place l'homme au centre de la nature. Cette cohérence est menacée par certaines thèses qui font de l'homme une créature parmi les autres qu'il faut protéger au même titre que les espèces animales, l'air ou l'eau. Cette conception extrême de l'écologie vise, non pas à protéger l'environnement de l'homme, mais à reconnaître, non seulement aux animaux, mais aussi à l'ensemble du monde vivant, un droit à la protection.

Elle rencontre un certain écho dans des textes juridiques. Ainsi, l'article 24 nonies de la Constitution fédérale suisse reconnaît la dignité de la créature. Ainsi, la Constitution allemande a fait de l'animal un objet constitutionnellement protégé. Ainsi, la législation suisse a-t-elle distingué le statut juridique de l'animal de celui de la chose.<sup>11</sup> Dans le même temps, la vie humaine est réifiée, qu'il s'agisse de son utilisation à des fins scientifiques ou de sa soumission au droit des brevets. En matière génétique c'est alors non plus l'individu ou l'espèce humaine qui sont protégés, mais la biodiversité.<sup>12</sup> Le patrimoine génétique de l'humanité est protégé comme, par exemple, le patrimoine végétal, non plus au nom de la dignité humaine, mais seulement en vertu du principe de précaution. L'intervention sur le génome humain relève alors d'une problématique similaire à celle qui vise les organismes génétiquement modifiés (OGN). Le développement de la notion de droit du vivant qui englobe sous un même concept la bioéthique et les biotechnologies contribue à brouiller des différences pourtant fondamentales. La transformation de l'objet des droits fondamentaux, que marque symboliquement le substitution de cette terminologie à celle de droits de l'homme, facilite cette évolution dont elle témoigne également.

---

<sup>1</sup> Cf. La liste établie par l'OMS et publiée in: LENOIR, N. et MATHIEU, B. *Droit international de la bioéthique(textes)*. Collection « Que sais-je? », n. 3395. Paris : PUF, 1998.

<sup>2</sup> Pour des exemples en ce sens cf. *Ibidem*.

<sup>3</sup> Préparée sur l'initiative de la France par le Comité international de bioéthique sous l'impulsion de son président, Madame Noëlle Lenoir.

<sup>4</sup> Cf. LENOIR et MATHIEU, *op. cit.*

<sup>5</sup> Cf. *Le rapport général des activités 1998-2000*, publié par cet organisme.

<sup>6</sup> Cf. N. Lenoir, article précité, *Rapport public du Conseil d'Etat*, 1998.

<sup>7</sup> Cf. *Rapport du Sénat*, Commission des affaires sociales 128, 2002-2003.

<sup>8</sup> Elle pourrait cependant s'appuyer sur la décision CJCE du 9 octobre 2001 qui répondant à un argument selon lequel cette directive serait contraire au principe de dignité humaine répond que « la directive ne s'étend à des données biologiques existant à l'état naturel dans l'être humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation d'une application industrielle. Il n'est pas interdit de considérer que le brevet ne concerne que ces applications industrielles particulières.

<sup>9</sup> Avis n. 12 du 23 novembre 1998.

<sup>10</sup> Cf. l'avis du CCNE sur la pratique dites des « enfants médicaments » de 2002.

<sup>11</sup> Loi du 19 février 2003, *Dictionnaire permanent de bioéthique*. Ed. législatives, bull 123, p. 7119.

<sup>12</sup> La convention de l'O.N.U. de RIO sur la biodiversité porte sur l'ensemble du monde vivant. il ne semble pas qu'elle s'applique à l'homme. Cependant la Déclaration de l'Unesco sur le génome humain, s'y réfère dans le cadre de l'éthique biomédicale.

THE INCIDENCE OF THE INTERNATIONAL  
PRINCIPLES IN THE NATIONAL  
REGULATION OF BIOETHICS: THE  
INFLUENCE AND THE ENCHANTMENT

**ABSTRACT**

An article on the influence of the international principles focusing national regulation of bioethics.

**KEYWORDS**

International Law. Bioethics. National Rights.

# A CODIFICAÇÃO EM FACE DO CONSELHO CONSTITUCIONAL<sup>NT</sup>

Michel Verpeaux\*

1 A codificação através da lei. 1.1 A competência principal do legislador. 1.2 A possibilidade de codificação por ordenações. 2 A codificação e a qualidade da lei. 2.1 Os fundamentos do objetivo constitucional de acessibilidade e de inteligibilidade da lei. 2.2 Os contornos do objetivo de inteligibilidade e de acessibilidade da lei.

## RESUMO

O presente artigo trata dos aspectos constitucionais do processo de Codificação partindo do exemplo da simplificação do Direito, analisa-se o desenvolvimento da exigência de acessibilidade da lei, aliada ao princípio de clareza e ao objetivo de valor constitucional de inteligibilidade, incorporados pela doutrina e pela jurisprudência francesas.

## PALAVRAS-CHAVE

Codificação. França. Direito. Simplificação. Acessibilidade. Inteligibilidade.

Em 1999, a oposição no Parlamento francês de 1999 impugnou a constitucionalidade da lei de habilitação<sup>NT</sup> do Poder Executivo a proceder, através de *ordonnances* (ordenações)<sup>NT</sup>, à adoção da parte legislativa de de-

\* Professor dos Cursos de Graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Paris I - Panthéon-Sorbonne, Doutor em Direito, autor de obras de Direito Constitucional e de Contencioso Constitucional [equivalente ao direito processual constitucional] e de incontáveis artigos publicados em revistas francesas e estrangeiras, além de conferencista renomado na França e em outros países.

<sup>NT</sup> Artigo publicado na Revista *Actualité Juridique de Droit Administratif* de 11 de outubro de 2004, p. 1849-1856. Traduzido por Valeschka e Silva Braga e revisado por Thales Moraes da Costa, ambos doutorandos em Direito da Universidade Paris I – Panthéon – Sorbonne.

<sup>NT</sup> (Nota da tradutora) 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. Cf. Nesse sentido, tradução do referido artigo, na nota que figura à p. 3\*.

<sup>NT</sup> Convém ressaltar que, além deste procedimento de delegação legislativa, na França existe uma vasta possibilidade de expedição de regulamentos autônomos com valor legislativo. É possível dizer que existe o domínio da lei (arts. 34 – cuja tradução se encontra expressa em nota da tradutora em trecho posterior deste artigo - e 37 da Constituição de 1958) e o domínio do regulamento. Em outras palavras, o que não foi previsto constitucionalmente como competência do legislador, pode ser objeto de regulamentos da administração pública. Entretanto, para manter a particularidade deste instituto francês, manteremos, ao longo do Convém salientar que existem vários dispositivos da Constituição que expressam a competência regulamentar autônoma, p. ex.:

Art. 13. O Presidente da República assina as ordenações e os decretos decididos pelo Conselho de Ministros. Art. 21. O Primeiro Ministro dirige a ação do governo. Ele é responsável pela Defesa Nacional. Ele assegura a execução das leis. Sobre reserva das disposições do artigo 13, ele exerce o poder regulamentar et nomeia aos postos públicos e militares.

terminados códigos<sup>1</sup> e, em decorrência desta impugnação, o Conselho Constitucional proferiu a decisão de 16 de dezembro de 1999.<sup>2</sup>

Esta decisão permitiu que os juristas e, mais especificamente, os constitucionalistas, se questionassem, finalmente, sobre os contornos de uma noção tão fundamental em direito como a codificação.<sup>NT</sup> Até esta decisão, o Conselho Constitucional Francês não tinha tido realmente a oportunidade de se pronunciar sobre a codificação, apesar desta última envolver questões fundamentais do Direito Constitucional.

A lei de 16 de dezembro de 1999 foi uma lei circunstancial visando a desembaraçar o Governo de uma situação difícil de produção, em um prazo razoável, de diversos códigos, dentro de um programa de codificação ambicioso.<sup>3</sup>

Nove códigos estavam, no ano de 1999, em vias de implementação e faltava tão-somente a intervenção do legislador para que as partes legislativas destes códigos pudessem ser promulgadas.<sup>4</sup> A única solução vislumbrada pelo Governo foi, então, valer-se do procedimento das ordenações previsto no artigo 38 da Constituição Francesa.<sup>NT5</sup>

Em seu comentário sobre a decisão 421 DC, J-E Schoettl se mostrou surpreso com a impugnação feita perante o Conselho Constitucional de uma lei que não deveria ter acarretado oposição política e que tinha sido adotada consensualmente no Senado.<sup>6</sup> Mas a resistência encontrada na Assembleia nacional explica porque somente os deputados julgaram conveniente fazer a impugnação de inconstitucionalidade da lei, justificada pela vontade de defender as prerrogativas do Parlamento no processo de codificação, que se fez totalmente sem a sua participação. Os deputados, então, fizeram com que o Conselho Constitucional tomasse posição, de forma clara, sobre o “direito constitucional de codificação”.

Depois da decisão n. 421 DC, duas outras trataram diretamente do problema da codificação. Na primeira, 2001-454 DC, a codificação aparece quase em sentido contrário ao da decisão e da lei referentes à revogação de certos artigos do Código de Urbanismo.<sup>7</sup>

A Lei n. 2003-591, de 2 de julho de 2003, que habilitou o governo a simplificar o direito, mas que compreendeu também um capítulo permitin-

---

<sup>NT</sup> Outra tradução possível e melhor adaptada à nomenclatura normalmente utilizada pelo sistema jurídico brasileiro é: consolidação. No entanto, para preservar o impacto da expressão francesa, que reforça a necessidade de um todo harmônico e coerente, mantivemos a tradução acima.

<sup>NT</sup> “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.»

do-lhe proceder, por meio de *ordonnances*, à adoção da parte legislativa de quatro códigos<sup>8</sup>, ensejou a decisão n. 2003-473 DC, de 26 de junho de 2003.<sup>9</sup>

A similitude entre as leis de 1999 e 2003 explica as semelhanças de certas críticas contra as duas e das respostas dadas pelo Conselho Constitucional francês. A decisão n. 2003-473 DC aparece assim, antes de tudo, como uma confirmação de sua jurisprudência anterior, pois ela impõe, ao governo que obtém a habilitação, o respeito das exigências de valor constitucional, mas não o obriga a revelar o conteúdo das medidas que ele se propõe a tomar por meio de tais ordenações.

De maneira mais recente, a decisão 2004-500, de 29 de julho de 2004, se interessou indiretamente sobre a codificação, constatando que o legislador orgânico<sup>NT</sup> poderia proceder a modificações da numeração dos artigos do Código Geral das Coletividades Territoriais<sup>NT</sup>, sem que isso enseje “qualquer questionamento acerca de constitucionalidade”.<sup>10</sup>

Foi necessário esperar, assim, varias décadas para que a codificação pudesse chegar às margens do direito constitucional. Mas as intervenções do Conselho Constitucional não estão todas previstas no artigo 61 da Constituição. É necessário, entretanto, que agradeçamos o serviço jurídico do Conselho Constitucional e, em particular M. Régis Fraise, de nos ter ajudado, graças aos documentários próprios do Conselho, a reencontrar outras decisões, menos divulgadas e comentadas que as tomadas no controle de constitucionalidade, e que poderiam ter confrontado questões de codificação.

Foi, com efeito, nas ocasiões em que atuou como juiz eleitoral<sup>NT</sup> que o Conselho Constitucional foi conduzido, pela primeira vez, a se interessar de maneira expressa à questão codificadora, em várias decisões datadas de 17 de maio de 1978.<sup>11</sup>

A evolução da jurisprudência constitucional relativa à codificação seguiu um percurso relativamente clássico, pois inicialmente se interessou a respeito da competência do legislador para codificar, antes de se questionar como a codificação responde às exigências constitucionais. Do fato de existirem estas exigências, pode-se pensar que o legislador reencontrou uma competência “natural”.

## 1 A CODIFICAÇÃO ATRAVÉS DA LEI

Nada na Constituição invoca diretamente uma competência particular do legislador em matéria de codificação. Foi por ocasião das leis habili-

<sup>NT</sup> Equivalente à Lei complementar no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>NT</sup> A Constituição francesa define coletividades territoriais como: “as comunidades, os departamentos, as regiões e as coletividades de estatuto particular e de Além-mar regidas pelo artigo 74.” (Art. 72)

<sup>NT</sup> Segundo o disposto na Constituição, o Conselho Constitucional também vela pela regularidade das eleições presidenciais e parlamentares, bem como das consultas referendárias (arts. 58, 59 e 60).

tando o Governo a codificar através de ordenações que os limites à referida habilitação foram expostos. Estes limites são tais que é possível considerar que é da lei a competência de codificar as disposições legislativas anteriores, sem que, entretanto, o Conselho Constitucional exprimissem claramente o princípio de uma competência privativa do legislador.

### 1.1 A competência principal do legislador

A codificação não figura no título das competências reservadas ao legislador pelo artigo 34<sup>NT</sup> da Constituição Francesa, por exemplo, a anistia prevista na alínea 5. Não há razão para que esta última esteja prevista no artigo 34 e o mesmo não ocorra coma a codificação. Esta possui, na França, uma tal função simbólica e política que a competência legislativa poderia ser cristalizada na Constituição.

Poder-se-ia deduzir das outras alíneas deste mesmo artigo a afirmação que a codificação deve ser obra do legislador, por exemplo, por força da alínea 3, segundo a qual a lei fixa as regras “concernentes aos direitos cívicos e às garantias fundamentais atribuídas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas”, única alínea que permitiria ligar a obra codificadora à

---

<sup>NT</sup> Art. 34. A lei é votada pelo Parlamento.

A lei fixa as regras concernentes à(ao)s:

- direitos cívicos e às garantias fundamentais acordadas aos cidadãos para o exercício das liberdades publicas; às sujeições impostas pela defesa nacional aos cidadãos nas suas pessoas e em seus bens;
- nacionalidade, estado e capacidade das pessoas, regimes matrimoniais, sucessões e liberalidades;
- determinação dos crimes e delitos, assim como às penas aplicáveis; ao procedimento penal; à anistia; à criação de novas ordens de jurisdição e ao estatuto dos magistrados;
- bases de cálculos, taxas e às modalidades de cobertura das imposições de toda natureza; ao regime de emissão da moeda.

A lei fixa igualmente as regras concernentes à(ao)s:

- regime eleitoral das assembléias parlamentares e às assembléias locais;
- criação de categorias de estabelecimentos públicos;
- garantias fundamentais acordadas aos funcionários civis e militares do Estado;
- nacionalizações de empresas e às transferências de propriedade de empresas do setor publico ao setor privado.

A lei fixa os princípios fundamentais:

- da organização geral da Defesa Nacional;
- da libre administração das coletividades territoriais, de suas competências e de seus recursos;
- do ensino;
- do regime da propriedade, dos direitos reais e das obrigações civis e comerciais;
- do direito do trabalho, do direito sindical e da seguridade social.

As leis de finanças determinam os recursos e as despesas do Estado nas condições e sob as reservas previstas por uma lei orgânica.

As leis de financiamento da seguridade social determinam as condições gerais de seu equilíbrio financeiro e, tendo em vista sua previsão de receitas, fixam seus objetivos de despesas, nas condições e reservas previstas por uma lei orgânica.

As leis de programação determinam os objetivos da ação econômica e social do Estado.

As disposições do presente artigo podem ser detalhadas e completadas por uma lei orgânica.

determinação de uma proteção particular dos cidadãos. Reconhece-se que a utilização desta alínea um tanto “abrangente” é bastante aleatória.

A questão da competência reservada ao legislador foi, sobretudo, levantada diante do Conselho de Estado, por ocasião de uma jurisprudência relativa à concorrência entre o texto codificado e o texto de codificação, pois, em um certo número de casos, os decretos de codificação nunca foram validados por uma lei. No domínio do direito das coletividades territoriais foi o caso, por exemplo, do Decreto de 22 de maio de 1957, criando o Código de Administração das Comunidades (CAC). O Conselho de Estado julgou, então, que “a *ordonnance* de 2 de novembro de 1945 [...] não autorizava o Governo a modificar o sentido e o alcance” dos textos codificados.<sup>12</sup>

Em outro caso, o Conselho de Estado se mostrou ainda mais explícito em formular uma posição de princípio: após ter lembrado que o decreto de 22 de maio de 1957 não tinha sido validado, ele explicitou que o artigo 630 do CAC (Código de Administração das Comunidades) tinha previsto uma substituição aos textos legislativos concernentes, mas este código “não pode nem revogar, nem modificar fundamentalmente qualquer das disposições legislativas em vigor no momento de sua intervenção”.<sup>13</sup> O simples valor regulamentar, todavia, não foi mais encontrado nas disposições modificadas do referido Código após 1957 pela via legislativa.

A codificação estabelecida sob o nome de “Código das Comunidades” foi, ela também, editada por três decretos dos dias 27 de janeiro, 7 de março e 28 de março de 1977.<sup>14</sup> As mesmas dificuldades jurídicas que as constatadas no Código de Administração das Comunidades (CAC) foram reproduzidas e o Conselho de Estado, em uma decisão de 3 de janeiro de 1983, Mme. Vincent novamente considerou que o texto da codificação, que não tinha sido validado por uma lei<sup>15</sup>, não poderia ter por objeto revogar as disposições legislativas anteriores eventualmente contrárias aos artigos do Código das Comunidades.<sup>16</sup>

O Conselho Constitucional teve que conhecer de questões de semelhantes, em suas funções eleitorais, afirmando em várias oportunidades que o decreto portando codificação das disposições legislativas e regulamentares concernentes à legislação eleitoral somente poderia acarretar “aos textos em vigor as adaptações formais tidas como necessárias ao trabalho de codificação, sendo excluída toda modificação material [...] logo então o dispositivo (do artigo L. 348 do Código Eleitoral) não poderia ter tido por efeito a revogação do artigo 3º da ordenação de 24 de outubro de 1958<sup>17</sup> para o substituir nas disposições contrárias integradas ao Código Eleitoral pelo decreto de codificação.”<sup>18</sup>

Ressalvada esta jurisprudência, se a codificação somente apareceu tardiamente perante Conselho Constitucional é porque o essencial dos códigos modernos, elaborados após a Segunda Guerra mundial, foi realizado sob a forma de decretos.

Certos códigos requisitaram, todavia, a intervenção prévia do Conselho Constitucional, ao teor do artigo 37 e do procedimento de delegação. Foi assim que, por exemplo, a estruturação em duas partes, legislativa e regulamentar, do novo Código das Comunidades foi alvo de quatro decisões do Conselho Constitucional, a pedido do Primeiro Ministro, a fim de que a alta instância apreciase a natureza jurídica de um certo número de disposições referentes à Administração das Comunidades, notadamente tiradas do Código de Administração de Coletividades.<sup>19</sup>

Mas o Conselho constitucional somente se tinha pronunciado sobre o caráter legislativo ou regulamentar das disposições a serem codificadas. Ele não tinha tomado partido, no quadro do procedimento de deslegalização, sobre a necessidade ou não de intervenção do legislador para efetivar a codificação.

Os dois decretos de setembro de 1989, que reformaram os métodos de codificação criando a Comissão Superior da Codificação, e uma Comissão Superior adjunta encarregada de recensear a legislação aplicável nos territórios de Além-Mar<sup>NT20</sup>, nunca fizeram menção a uma intervenção do Parlamento, tendo o texto se contentado de prever que a Comissão deve “adotar e transmitir os projetos de códigos”.<sup>21</sup>

Ressaltando as dificuldades, notadamente jurídicas, daquilo que ela chamou de uma “codificação administrativa”, a Comissão sugeriu a intervenção do Parlamento, ao menos para a parte legislativa do Código, em respeito à separação das competências normativas, ou seja, finalmente, à separação dos poderes.<sup>22</sup> É, contudo, curioso constatar que o Parlamento deve seu lugar, no processo de codificação, somente a um desejo expresso por uma “simples” comissão administrativa.

A intervenção do Parlamento constitui, entretanto, a maior inovação na adoção dos novos códigos e “o Parlamento tem um papel essencial, pelo menos no estágio de adoção das partes legislativas dos códigos”<sup>23</sup>, mesmo se esta intervenção segue o procedimento legislativo habitual.<sup>24</sup>

Esta intervenção também pode ser uma fonte de atraso da codificação, pelo fato da demora característica do trabalho parlamentar.<sup>25</sup> Associado à evolução crescente do procedimento pela presença de [seus] representantes na Comissão, o Parlamento é chamado a aprovar a parte legislativa dos projetos de código. Mas esta intervenção é formal: tanto os trabalhos de redação dos textos escapam-lhe, como testemunha a leitura dos debates parlamentares, que são de uma grande pobreza. A intervenção do Parlamento

---

<sup>NT</sup> Pode-se dizer que os territórios de Além-mar são “coletividades territoriais (antigas colônias francesas) que fazem parte da República Francesa, mas submetidas a um regime particular, previsto no título XI da Constituição de 1958), segundo a definição sucinta contida no: CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 3 ed. Paris: PUF, 2002, p. 873.

permite, apenas, dissipar as incertezas relativas ao valor jurídico das disposições contidas nos códigos.

A intervenção do legislador não se limita a classificar ou a comandar; ela gera também uma nova norma, de valor equivalente àquelas que ela substitui e que ela tem vocação de revogar. Ela é, portanto, obrigatoriamente criadora e o juiz não a pode ignorar, mesmo que ela contradiga potencialmente uma outra norma.

É necessário, então, relativizar as críticas proferidas em relação ao papel do Parlamento na codificação, que seria um novo “corpo de mudos”.<sup>26</sup> Mesmo limitada, a intervenção do Parlamento pode simplesmente alterar a perspectiva da codificação e esta última não se resume à «uma simples validação parlamentar».<sup>27</sup> No caso de redação imperfeita ou errônea, é doravante a norma procedente da nova intervenção do Parlamento que prima sobre qualquer outra disposição, mesmo quando a codificação ter-se-ia feito «sem modificação do conteúdo das normas».

## 1.2 A possibilidade de codificação por ordenações

A codificação através de *ordonnances* foi objeto da Lei de 16 de dezembro de 1999. Foi também o caso da Lei de 2 de julho de 2003. Indique-se, enfim, que este é o objetivo buscado pelo artigo 74-1 da Constituição, introduzido pela Lei constitucional<sup>NT</sup> n. 2003-276, de 28 de março de 2003, para facilitar a transposição, por meio de ordenações que possuem regime distinto previsto pelo artigo 38, do direito francês nas coletividades de Além-Mar e na Nova Caledônia.

Tratando-se das leis de 1999 e 2003, a idéia central desenvolvida pelos deputados requerentes era que o Parlamento tinha sido privado das suas atribuições em matéria de codificação, tendo o recurso à técnica das ordenações contribuído, ainda, a privar o legislador de qualquer possibilidade de intervenção.<sup>28</sup>

<sup>NT</sup> Equivalente às Emendas Constitucionais do nosso sistema. Vale observar que estas alterações constitucionais francesas, nos termos do art. 89 da respectiva Constituição, podem ser promovidas através da iniciativa do Presidente da República (mediante proposição do Primeiro Ministro) e aos membros do Parlamento. De qualquer forma, o projeto deve ser votado pela Assembléia Nacional e pelo Senado, tornando-se definitiva quando submetida a *referendum* popular, salvo se houver pedido do Presidente da República para deliberação em sessão conjunta do Congresso, hipótese que dispensa o *referendum*, mas que depende de quorum qualificado de 3/5 (três quintos) dos votos expressos pelos parlamentares.

Como limites *expressos* existem, apenas, no aspecto material, a forma republicana de governo e, no circunstancial, os períodos de atentados à integridade do território. A doutrina, no entanto, tem feito referência a limites implícitos, tais como os direitos e liberdades fundamentais contidos na Declaração dos direitos do homem e do cidadão e no preâmbulo da Constituição de 1946 (cf. consulta revisões e limites materiais).

Às críticas dirigidas contra a amplitude da habilitação, que violaria assim os direitos do Parlamento porque o impediria de medir precisamente a finalidade real e exata de todas as medidas que foram autorizadas ao Governo de tomar, o Conselho constitucional respondeu, em 1999 (considerando 8) e 2003 (considerando 26 e seguintes), que a amplitude das delegações autorizadas pelo legislador não é em si contrária à exigência de exatidão da habilitação legislativa.

Mas as delegações atribuídas em 1999 autorizavam apenas o Governo a proceder a uma codificação sem modificação e do conteúdo, ou seja, os deputados estavam em condições de conhecer o conteúdo dos futuros códigos, bem como dispersá-los em numerosas leis.<sup>29</sup>

Ora, na lei de 2003, não é tão somente caso de codificação de regras já existentes, como também, mais genericamente, de simplificação do direito. Mas, em primeiro lugar, o Conselho constitucional já reconheceu conformes à Constituição as leis de habilitação que operam delegações ainda mais largas e menos enquadradas que aquela submetida aqui ao seu controle.<sup>30</sup> Em seguida, o Conselho pareceu considerar que a simplificação do direito importa em mais renúncia do Parlamento que a codificação.<sup>31</sup>

Mas esta liberdade deixada ao Governo-legislador é acompanhada de condições, mencionadas nas duas decisões, de 1999 e 2003, e indicadas no que diz respeito à codificação. O Conselho constitucional considera, em primeiro lugar, tradicionalmente, que o legislador deve determinar com exatidão a finalidade das medidas a serem tomadas por *ordenações*<sup>32</sup>, mas que não lhe é imposto indicar o teor das *ordenações* que o governo tomará em virtude desta habilitação (considerando 12 da decisão de 1999 e considerando de 4 da de 2003).<sup>33</sup>

A segunda condição é relativa à urgência que o Governo pode invocar para recorrer ao artigo 38 da Constituição: “na espécie, a obstrução da ordem do dia parlamentar faz obstáculo à realização, em prazos razoáveis, do programa do Governo tendente a simplificar o direito e a prosseguir à sua codificação” (considerando 5 da decisão de 2003). Enquanto o Conselho acentuou, na decisão de 1999 (considerando 13) sobre “o interesse geral que se une à realização dos nove códigos mencionados”, ele só fez referência, em 2003, aos únicos prazos razoáveis ignorados pela obstrução parlamentar. A exigência de tempo corresponde, sem dúvida, ao interesse geral mencionado anteriormente, mas foi formulada de maneira menos solene.

A urgência invocada aqui é, no entanto, uma condição, em certa medida, endógena. É o legislador que decide, com efeito, codificar, sem que a urgência da codificação seja demonstrada realmente, e é à própria obstrução do legislador que ela pretende remediar, enquanto que o Parlamento é em parte responsável desta situação.

Os deputados consideraram também, em 1999, que o conteúdo destes códigos não era conhecido do Parlamento no momento da votação da lei de

habilitação e que as matérias tratadas por estes códigos eram extremamente vastas e escapavam assim às condições postas pela jurisprudência do Conselho quanto à utilização do artigo 38. Teria havido, assim, uma verdadeira apropriação das atribuições do Parlamento.

Esta crítica foi rejeitada pelo Conselho Constitucional tendo em vista que, a codificação se fazendo “sobre regras já existentes”, o Parlamento já ciente do conteúdo dos futuros códigos, o qual corresponde ao conjunto das disposições legislativas em vigor ao momento da publicação das ordenações (considerando 14 da Decisão 421 DC).

Recordar-se-á que foi uma “simples” circular, datada de 30 de Maio de 1996, relativa à codificação dos textos legislativos e regulamentares, que fixou as regras relativas ao procedimento de codificação. Ainda é necessário precisar que esta circular apenas retomou os “métodos de trabalho” sugeridos pela Comissão Superior de Codificação instituída pelo Decreto de 12 de setembro de 1989.

Entre estes métodos, figurava a codificação de regras já existentes. Pela primeira vez, na Decisão n. 421 DC, o princípio da codificação sobre estas regras já existentes foi, então, reconhecido e validado pelo Conselho constitucional, sem ter obtido, no entanto, um valor constitucional. Ela recebeu, de resto, uma consagração legislativa apenas alguns meses mais tarde, dado que a Lei n. 2000-321 do 12 de abril de 2000, relativa aos direitos dos cidadãos nas suas relações com as administrações, firmou no artigo 3º o princípio segundo o qual “a codificação legislativa reúne e classifica em códigos temáticos o conjunto das leis em vigor à data de adoção destes códigos”.

Esta codificação faz-se acerca de regras pré-existentes, sob reserva das modificações necessárias para melhorar a coerência redacional dos textos reunidos, assegurar o respeito da hierarquia das normas e harmonizar o estado do direito.<sup>34</sup> A inscrição deste princípio, escrito esta vez em todas as letras numa lei, atribui-lhe certamente um valor simbólico muito grande em relação às fontes anteriores, sob a reserva de que aquilo que uma lei fez, outra, inclusive uma de codificação, poderia desfazer.

O princípio da codificação sobre regras já existentes foi invocado no requerimento de inconstitucionalidade dirigido contra a Lei de 2003, que habilitou o Governo a simplificar o direito, apoiando-se sobre a jurisprudência de 1999. Foi alegado que a lei ignorava o artigo 38, pois ela derogava o referido princípio, porque autorizava o Governo não somente a codificar, mas também “a alterar, completar e codificar diversas legislações” (art. 34 da Lei), o que a impugnação chamou de maneira figurada de “uma codificação a direito flexível”.<sup>35</sup>

O Conselho constitucional respondeu que o artigo 38 não proibia o legislador de habilitar o Governo a alterar os códigos existentes, dado que era fixada a finalidade das medidas a serem tomadas (considerando 28 da

Decisão 473 DC). Mas ele tomou o cuidado de constatar que estas modificações “não perturbavam a economia geral dos códigos e contentavam-se em adaptar os textos anteriores à evolução das circunstâncias de direito”, e a “alterar as disposições cuja prática teria revelado o caráter inadequado” (considerando 29).

Foi, por conseguinte, porque se tratava apenas de uma codificação de regras já existentes, mesmo abrandada, que o procedimento das *ordenações* não foi considerado inconstitucional, não tendo sido o Parlamento privado do seu poder de legislar e o Governo não tendo podido introduzir alterações de fundo às disposições em vigor.

A única harmonização do direito que pode operar o codificador – ou seja, o Governo - consiste em remediar as incompatibilidades entre as disposições sujeitas à codificação, de acordo com o limite posto pelo próprio Conselho Constitucional. É também porque as alterações introduzidas pelo Governo serão apenas pontuais que o recurso ao artigo 38 é possível.

Consagrando a codificação como uma das justificações do recurso ao artigo 38, o Conselho Constitucional reconhece à esta um valor ainda maior pois ela contribui para reforçar um novo objectivo de valor constitucional.

## 2 A CODIFICAÇÃO E A QUALIDADE DA LEI

Não é suficiente considerar que a codificação deve fazer-se pela via legislativa, ainda que a Constituição não pareça exigí-lo. É necessário também se interrogar se a codificação responde à uma necessidade constitucional. O progresso notável realizado pelas duas decisões do Conselho constitucional de 1999 e 2003 permite afirmar que a codificação melhora a lei, mas que não pode chegar, sozinha, a este objetivo de valor constitucional.<sup>NT</sup>

### 2.1 Os fundamentos do objetivo constitucional de acessibilidade e de inteligibilidade da lei

Afirmando que o interesse geral ligado à implementação dos códigos é uma finalidade que “responde ao objetivo de valor constitucional de acessibilidade e de inteligibilidade da lei; e que, com efeito, a igualdade perante a lei enunciada pelo artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e ‘garantia dos direitos’ exigida pelo seu artigo 16 poderiam não ser

---

<sup>NT</sup> Proveniente de construção jurisprudencial (cf. Decisão n. 80-127 DC, de 19 e 20 de janeiro de 1981; 84-181 DC, de 10 e 11 de outubro de 1984; n. 86-210 DC, de 26 de julho de 1986; n. 88-248 DC, de 17 de janeiro de 1987, dentre inúmeras outras), o “objetivo de valor constitucional” visa a proteger determinados interesses constitucionalmente defendidos. Cf., ainda, FAURE, Bertrand. Os objetivos de valor constitucional: uma nova categoria jurídica? *Revue française de Droit constitutionnel*, n. 21, 1995, p. 47-77.

efetivadas se os cidadãos não dispusessem de um conhecimento suficiente das normas que lhes são aplicáveis” (considerando 13 da decisão n. 421 DC), o Conselho Constitucional estabeleceu, no Direito Francês, um dos aspectos do princípio discutido, dito de segurança jurídica, fundando-o no artigo 16 da Declaração de 1789.<sup>36</sup>

O reconhecimento deste princípio é, contudo, ainda, implícito porque o termo *segurança jurídica* não aparece expressamente na decisão, mas a “coisa” existe inegavelmente. Mas, o que não é implícito, e sob reserva de uma rotulagem específica, são os dois imperativos postos adiante pelo Conselho, a previsibilidade e a qualidade do direito.

Na Decisão n. 473 DC, o Conselho alterou ligeiramente a justificação do recurso às ordenações, afirmando que a dupla finalidade da simplificação e da codificação do direito “responde ao objectivo de valor constitucional de acessibilidade e inteligibilidade da lei; que, com efeito, a igualdade diante da lei [...] e ‘a garantia dos direitos’ exigida pelo seu artigo 16 não poderiam ser efetivas se os cidadãos não dispusessem de um conhecimento suficiente das regras que lhes são aplicáveis e se estas regras apresentassem uma complexidade inútil”. A exigência da *qualidade da lei*, por conseguinte, é reforçada pela condenação de uma legislação inutilmente complexa. É particularmente relevante que o objetivo de acessibilidade e inteligibilidade da lei, estas mesmas associadas à ideia de simplicidade da lei, seja reconhecido por ocasião do exame de leis relativas à codificação.<sup>37</sup>

Por uma motivação, incidente em 1999 - e cujo o alcance foi reforçado pelo fato de que ela não respondia diretamente à uma argumentação levantada nos recursos, mas que se apoiava indiretamente sobre as exigências de segurança jurídica assinaladas no memorial de defesa do governo -, mas principal em 2003, o Conselho determina o fundamento da exigência constitucional que ele destaca. O que se aparentava, na redação da decisão de 1999 (considerando 13), a uma forma de *obiter dictum*, porque não era absolutamente necessário que o Conselho fizesse este “rodeio” através deste novo objetivo constitucional para validar o procedimento seguido pela lei de habilitação, torna-se, em 2003, a justificação profunda do recurso às ordenações e à codificação.

A confirmação do valor constitucional do objetivo de acessibilidade e inteligibilidade da lei pela decisão n. 473 DC é ainda mais notável, pois o Conselho Constitucional entendeu valer a pena recordar o seu quádruplo fundamento constitucional, a saber, os artigos 4º, 5º, 6º e 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. São, mais precisamente, o princípio de igualdade enunciado no art. 6º desta Declaração, bem como a noção de garantia dos direitos situada no seu artigo 16, que parecem, principalmente, fundar este objetivo constitucional.

Assim, o art. 16 da Declaração de 1789 é finalmente reconhecido como um texto de direito positivo, cuja eficácia deve ser assegurada, a exemplo

de toda disposição inscrita num texto de valor constitucional. Já utilizado para fundar o direito ao recurso (Decisão n. 335 DC) e o princípio de separação dos poderes (Decisão n. 404 DC), o referido artigo reencontra o lugar central que lhe cabe.

Nos termos deste artigo, “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Esta é, em direito francês, a expressão mais precisa do Estado de Direito.

É assim, de maneira perfeitamente coerente que o Conselho Constitucional traduz este imperativo em objetivo de valor constitucional. Neste sentido, se a exigência constitucional relativa à qualidade da lei não constitui um direito subjetivo, cujo respeito os indivíduos poderiam reivindicar perante um juiz, ela traduz um imperativo ao qual o legislador, mas também provavelmente qualquer autoridade normativa, é submetido, e cujo respeito deve ser assegurado pelo juiz no âmbito de um contencioso objetivo.

A referência ao artigo 16 foi associada, em 1999 e 2003, ao princípio da igualdade diante da lei, enunciado no art. 6º da mesma Declaração de direitos. Porque se a lei deve ser acessível, deve sê-lo igualmente a todos. Para que os cidadãos sejam realmente iguais diante da lei, é necessário que eles a conheçam de maneira simples e acessível. A fim de que possam defender os seus direitos, é necessário que tenham uma compreensão inteligível da norma.

O Conselho Constitucional francês foi mais preciso na decisão de 2003 porque as exigências postas pelos artigos 6º e 16 da Declaração “poderiam não ser efetivas se os cidadãos não dispusessem de um conhecimento suficiente das normas” (considerando 13 da decisão 421 DC). A certeza é maior em 2003 porque as mesmas exigências “não seriam efetivas” (considerando 5 da decisão 473 DC). É expressa, desta maneira, toda a diferença entre uma decisão que podia ser apresentada como um “balão de ensaio” e uma jurisprudência firmemente instalada.

O Conselho Constitucional francês acrescentou, em 1999, que “tal conhecimento (das normas aplicáveis) era, além disso, necessário ao exercício de direitos e de liberdades garantidos tanto pelo artigo 4º da Declaração, em virtude do qual este exercício tem limites apenas determinados pela lei, que pelo seu artigo 5º, aos termos do qual ‘tudo o que não é proibido pela lei, não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que a lei não ordena’”. A referência ao art. 5º da Declaração não foi tão frequente de modo que ela não fosse notada.<sup>38</sup> A expressão «além disso» mostrou, então, que a lógica das referências aos artigos 4º e 5º parecia distinta da relativa à garantia dos direitos e à igualdade diante da lei, ainda que estivessem articuladas uma com a outra.

A relação entre estas normas constitucionais fica mais clara na decisão 473 DC. Com efeito, o exercício dos direitos e das liberdades ao qual

fazem referência estes dois artigos 4º e 5º, seria ignorado se a lei não fosse nem compreensível nem acessível. É o que exprime o considerando 5, que dispõe que é “na falta” de um conhecimento acessível e compreensível das normas que este exercício dos direitos seria restrito. Definitivamente, o objetivo constitucional, realizado em especial pela codificação, é apenas um meio para atingir o objetivo derradeiro da proteção dos direitos e liberdades, o que está da mesma forma em conformidade com os preceitos do artigo 2º da Declaração Francesa de 1789 e com os artigos 4º e 5º desta mesma Declaração, cuja utilização torna-se cada vez mais ampla, sob risco de perda da sua substância.<sup>39</sup>

Além disso, é também a lógica do artigo 16 da Declaração francesa de Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) que é, desta forma, perfeitamente reencontrada. A acessibilidade e a inteligibilidade da lei são exigências constitucionais, pois visam a garantir direitos constitucionais substanciais.

Nestas duas decisões, o Conselho Constitucional não utilizou o conceito, relativamente novo, da *clareza da lei*, a propósito da codificação. Esta noção, às vezes de uma “obscura clareza”, nunca foi utilizada diretamente pelo Conselho Constitucional a propósito da codificação. Ela é fundada sobre o art. 34 e, se a compreende bem, ela significa que uma lei, para merecer este nome e esta qualidade, baseada precisamente deste artigo, deve ser suficientemente completa e comportar todos os elementos necessários para ser aplicável, sem enviar inutilmente a outras autoridades o cuidado de definir aquilo que ela mesma deve regular ou determinar.<sup>40</sup>

A incerteza reside, sem dúvida, nos contornos que, às vezes, o Conselho Constitucional dá à exigência de “clareza”, porque aquilo que é “compreensível e acessível” é também, em princípio, “claro”. A distinção entre estas duas normas constitucionais é ainda mais delicada, freqüentemente, pois o Conselho constitucional faz um uso concomitante da clareza e do objetivo de valor constitucional de inteligibilidade e acessibilidade da lei.<sup>41</sup> Isto ocorre salvo em matéria de codificação, para a qual só este objetivo deve ser perseguido, sem que o Conselho tenha recorrido à noção de clareza da lei.

## 2.2 Os contornos do objetivo de inteligibilidade e de acessibilidade da lei

Pode-se perguntar a que ponto a codificação torna a lei mais acessível e mais inteligível. Na decisão n. 473 DC, o apego da simplificação do direito a este objetivo de valor constitucional não foi necessário para o reconhecimento do valor também constitucional da habilitação legislativa contestada. A única condição de urgência seria suficiente, segundo a interpretação dada ao art. 38 da Constituição Francesa pelo Conselho Constitucional, para o efeito de constitucionalidade da utilização das ordenações.

O objetivo de valor constitucional de acessibilidade e inteligibilidade da lei pode ser aliado à exigência mais geral de qualidade da lei, que impli-

ca clareza e previsibilidade do direito. Este liame do empreendimento de simplificação do direito, feito pela lei e pela decisão de 2003, ao referido objetivo de valor constitucional amplia a solução adotada pela Decisão n. 99-421 DC, que promoveu o princípio da codificação sobre direito certo ou preestabelecido, já que o ligou ao dito objetivo.

Pode-se pensar, com efeito, que a referência à complexidade responde primeiramente ao objetivo de simplificação, mas não é proibido se pensar que a codificação é também um meio de obter um direito “simples”, o que corresponde à busca de inteligibilidade. Parece, efetivamente, que não é apenas a codificação sobre regras já em vigor que é o vetor do objetivo de acessibilidade e de inteligibilidade, ao contrário do que poderia parecer da leitura da decisão de 1999<sup>42</sup>, como também a codificação em geral.

Com efeito, o art. 34 da lei que habilita o Governo a simplificar o direito faz exceção ao princípio da codificação de regras já em vigor. Ora, como foi mencionado, o Conselho Constitucional afirmou que o artigo 38 da Constituição francesa “não se opõe a que o legislador habilite o Governo a alterar ou completar um código existente, desde que esta habilitação fixe a finalidade das medidas a tomar”. Em seguida, é a simplificação do direito que é considerada, em 2003, como um vetor do objetivo de acessibilidade e inteligibilidade da lei. Ora, a simplificação inclui a codificação, mas não se reduz a ela.<sup>43</sup>

A preocupação, exposta em 2003, de uma lei desembaraçada de qualquer “complexidade inútil” encontrou uma ilustração significativa na censura de disposições da lei orgânica relativa à autonomia financeira das coletividades territoriais pela decisão n. 2004-500 DC, de 29 de julho de 2004, pelo motivo que a Constituição impõe ao legislador “que adote disposições suficientemente precisas e fórmulas não equívocas a fim de premunir os assuntos de direito contra uma interpretação contrária à Constituição ou contra o risco de arbitrariedade” (considerando 13).<sup>44</sup>

Observar-se-á, com interesse, que a nova formulação desta exigência de uma lei privada de ambiguidade, reside notadamente no objetivo de inteligibilidade e acessibilidade da lei. No entanto, a vontade do Conselho constitucional, reforçada ao longo das suas decisões, de uma “boa lei” ultrapassa o campo da codificação, porque esta última, sobretudo quando trata de regras em vigor, não pode, ela apenas, garantir que a lei será simples e precisa. É necessário, então, considerar que a codificação é apenas um meio para chegar a este objetivo.

É, assim, indiferente que o legislador codifique disposições num código no lugar de outro. Na decisão n. 454 DC, a propósito da lei de 22 de Janeiro de 2002 relativa à Córsega, o Conselho Constitucional considerou que o legislador, tendo decidido revogar certos artigos do Código do Urbanismo e substituí-los por novas disposições inseridas no Código Geral das

Coletividades Territoriais, não implicaria em poder ser censurado, pela não observância do objetivo de inteligibilidade e acessibilidade da lei.

A escolha, operada pela lei, de codificar no Código Geral das Coletividades Territoriais as disposições relativas ao Direito do Urbanismo em Córsega, que se substituem a artigos inseridos no Código de Urbanismo, é uma escolha de pura oportunidade e sobre a qual o Conselho não se deve pronunciar.<sup>45</sup> É porque, de acordo com J-E Schoettl, o Conselho não tem um poder de apreciação da «mesma natureza» que o Parlamento, de acordo com a fórmula utilizada pelo Conselho a partir da decisão n. 2001-444 DC.<sup>46</sup> NT

Teria sido interessante que o Conselho deliberasse sobre o desaparecimento puro e simples de disposições codificadas, para saber se a abrogação pura e simples correria o risco de levar à ofensa ao objetivo constitucional de inteligibilidade e acessibilidade da lei, o que poderia implicar que qualquer codificação é um movimento contínuo irreversível. A codificação, que fez a sua entrada tardia, mas real, no Direito Constitucional, não terminou de interessar esta disciplina.

<sup>1</sup> A lei n. 99-1071, de 16 de dezembro de 1999, que trata da habilitação para que o governo proceda, por ordenações, à adoção da parte legislativa de certos códigos, foi publicada no Jornal Oficial de 22 de dezembro de 1999, p. 19040 e a decisão do Conselho Constitucional foi publicada na mesma fonte, p. 19041.

<sup>2</sup> A decisão n. 99-421 D.C., de 16 de dezembro de 1999 (Rec. p. 136 ; D. 2000, Crônicas, p. 361), foi alvo de vários comentários (Comment. FRISON-ROCHE, Marie-Anne e BARANES, William; *Dalloz* 2000, n. 4, *Point de vue*, p. VII, com. MATHIEU, Bertrand; *Petites Affiches*, 28 de julho de 2000, n. 150, p. 15, crôn. MATHIEU, Bertrand e VERPEAUX, Michel; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 186, Comment. MOLFESSIS, Nicolas; *Revue française de droit constitutionnel* n. 41, 2000, p. 120, com. RIBES, Didier; *Actualité juridique de droit administratif* 2000, p. 31, com. SCHOETTL, Jean-Éric).

<sup>3</sup> Assim, através deste programa, a partir de 1989, foram adotados o Código da Propriedade Intelectual, o Código da Consumação [NT - equivalente ao código do consumidor brasileiro], vários livros do Código Rural, o Código das Jurisdições Financeiras e o Código Geral das Coletividades Territoriais. Entretanto, depois de 1996, nenhum código foi adotado pelo Parlamento. O programa da Comissão Superior de Codificação previa que fossem adotados, entre 1996 e 2000, vinte e dois novos códigos!

<sup>4</sup> Trata-se, na ordem de apresentação do artigo primeiro da lei de habilitação, dos Livros VII e IX do Código Rural, do Código da Educação, do Código da Saúde Pública, do Código do Comércio, do Código do Meio-ambiente, do Código da Justiça Administrativa, do Código de Trânsito, do Código da Ação e do Código Monetário e de Finanças. A ordem não é indiferente, pois o artigo segundo da lei estabelece uma espécie de prioridade na edição dos diferentes regulamentos em função do lugar dos códigos nesta enumeração.

<sup>5</sup> A lei previa também um prazo para o depósito da lei de ratificação: dois meses a contar da publicação e, no mais tardar, no último dia do décimo quarto mês seguinte à publicação da lei de habilitação.

<sup>6</sup> Decisões do Conselho Constitucional, comentários publicados na *Revista Actualité juridique de droit administratif*, 2000, p. 33.

<sup>7</sup> Decisão 2001-454 DC, de 17 de janeiro de 2002, *Lei relativa à Córsega*, JO de 23 de janeiro de 2002, p. 1527.

NT Cf. considerando de princípio na DC 2001-444

<sup>8</sup> Trata-se do Código do Patrimônio, do Código da Pesquisa, do Código de Turismo e do Código da Organização Judiciária (art. 33 da Lei de 2 de julho de 2003). Esta lei comporta também a ratificação de diversas ordenações codificadoras das partes legislativas dos códigos posteriores à 1999 (art. 31).

<sup>9</sup> Publicada no J.O de 3 de julho de 2003, p. 11205.

<sup>10</sup> JO de 30 de julho de 2004, p. 13562, Lei orgânica n. 2004-758 de 29 de julho de 2004, adotada em aplicação do artigo 72-2 da Constituição, relativo à autonomia financeira das coletividades territoriais. *Loc. cit. ibidem*, p. 13561. Para uma primeira análise desta decisão, cf. Jean-Eric-Schoettl, *Revista Petites affiches*, n.162, 13 de agosto de 2004, p. 12.

<sup>11</sup> Repertório das decisões do Conselho Constitucional, 1978, p. 88 e ss.

<sup>12</sup> Conselho de Estado, 3 de janeiro de 1962, *Ville d'Aix en Provence, Mouret et autres, Recueil*, p. 2.

<sup>13</sup> Conselho de Estado, 1º de outubro de 1971, *Consorts Vitrin, Recueil*, p. 574.

<sup>14</sup> Decretos n. 77-90 e 77-91, de 27 de janeiro de 1977, respectivamente consagrados à parte legislativa e à parte regulamentar, publicados JO de 3 fevereiro de 1977, p. 371 ; Decretos n. 77-240 e 77-241, de 7 de março de 1977, repartidos da mesma maneira, publicando o Livro III, JO de 18 de março de 1977, p. 1467 ; e Decretos n. 77-372 e 77-373, de 28 de março de 1977, sobre os Livros IV e V, JO de 5 de abril de 1977, p. 1933. As «disposições finais» já estavam previstas nos dois primeiros decretos, tendo o de 28 de março de 1977 substituído as antigas por novas disposições. Os dois decretos de 28 de março de 1977, por sua vez, obedeceram à mesma partilha entre a parte legislativa e a parte regulamentar.

<sup>15</sup> Diferentemente do Código dos Tribunais Administrativos, validado pela Lei n. 76-521, de 16 de junho de 1976, alterando certas disposições do referido código e dando força de lei à parte legislativa do mesmo (cf. JO de 17 de junho 1976, p. 3635)

<sup>16</sup> Conselho de Estado, 3 de junho de 1983, *Mme Vincent, Recueil*, p. 227.

<sup>17</sup> Trata-se da ordenações n. 58-998, de 24 de outubro de 1958, versando sobre a lei orgânica relativa às condições de elegibilidade e às incompatibilidades parlamentares.

<sup>18</sup> Decisões n. 78-858/78-885, de 17 de maio de 1978, A.N. *Puy-de-Dôme*, (1ª circ. *Recueil*, p. 92); n. 78-863, *Bouches-du-Rhône*, (9ª circ. *Recueil*, p. 94) ; n. 78-878, *Côte d'Or* (1ª circ. *Recueil*, p. 96); e n. 78-879, *Loiret* (2ª circ. *Recueil*, p. 98).

<sup>19</sup> Decisões n. 64-29 L, de 12 de maio de 1964, *Administration départementale et communale*, cf. FAVOREU, Louis (dir.) *Recueil de jurisprudence constitutionnelle* (RJC). Paris : Litec, p. 16 ; n. 67-49 L, de 12 de dezembro de 1967, cf. *ibidem*, p. 32; n. 69-52 L, de 27 de fevereiro de 1969, cf. *ibidem*, p. 34; n. 70-63 L, de 9 de julho de 1970, cf. *ibidem*, p. 41; n. 71-70 L, de 23 de abril de 1971, cf. *ibidem*, p. 46; n. 75-84 L, de 19 de novembro de 1975, cf. *ibidem*, p. 61; n. 76-89 L, de 2 de junho de 1976, cf. *ibidem*, p. 66; n. 76-89 L, de 6 de outubro de 1976, cf. *ibidem*, p. 70.

<sup>20</sup> Decreto n. 89-647 de 12 de Setembro de 1989, relativo à composição e o funcionamento da Comissão Superior de Codificação, publicado no JO de 13 de Setembro de 1989, p. 11560; e Decreto n. 89-704 de 28 de Setembro de 1989, que leva criação de uma comissão associada à Comissão Superior de Codificação, JO do 29 de Setembro de 1989, p. 12239. O primeiro decreto revoga o decreto de 1948 e a Comissão que este último tinha criado.

<sup>21</sup> Sobre o trabalho da Comissão Superior de Codificação relativamente a este Código, veja o estudo de: BRAIBANT, G. e CATTÀ, E. *Le Code Général des Coletividades Territoriais*, p. 132.

<sup>22</sup> O único lugar resguardado ao Parlamento resume-se, à presença, na qualidade de membros permanentes, de um deputado e de um senador, designados pelas Comissões Legislativas das duas Assembléias, e de representantes da ou das comissões competentes, em função dos textos estudados, das duas Assembléias. Sobre o lugar do Parlamento no processo de codificação, ver ALBERTINI, P. *La codification et le Parlement*, AJDA, 1997, p. 660.

<sup>23</sup> 5º Relatório anual da Comissão Superior de Codificação, adotado em 1995. Cf. *Revue administrative*, 1995, p. 313.

<sup>24</sup> A Circular do Primeiro Ministro de 30 de Maio de 1996, relativa à codificação dos textos legislativos e regulamentares recorda, no entanto, que as fases de adoção da parte legislativa seguem o direito comum (ver DRAGO, G. *De la codification à l'évaluation, premiers commentaires de la circulaire du Premier*

ministre du 30 mai 1996 et de La loi n. 96-516 du 14 juin 1996. [Da codificação à avaliação, primeiros comentários da circular de Primeiro ministro de 30 de Maio de 1996 e a Lei n. 96-516, de 14 de junho de 1996], *JCP Edições gerais*, 24 de julho de 1996, Doutrina, n. 3953).

<sup>25</sup> Ver Jornal *Le Monde* de 23 de julho de 1996, que apresentou o relatório anual da Comissão Superior de Codificação, que lamentava os atrasos devidos a estas delongas.

<sup>26</sup> Segundo o nome dado ao Corpo Legislativo previsto no artigo 34 da Constituição do 22 *frimaire* VIII (13 de dezembro de 1799).

<sup>27</sup> Segundo a expressão bastante acertada de G. Koubi (*Petites Affiches*, op cit, p. 12). Cf. também ALBERTINI, P. A codificação e o Parlamento, *op. cit.*, p. 663. Para um exemplo das consequências desta nova codificação legislativa, veja o julgamento do Tribunal Administrativo de Dijon de 13 de janeiro de 1998, publicado na *RFDA* 1999, p. 965, nota M. VERPEAUX.

<sup>28</sup> Estes parlamentares poderiam ter sido inspirados, segundo, selon D. Ribes (*op. cit.*), por um artigo de François Terré publicado no *Figaro* de 23 novembro de 1999 e intitulado “Le Parlement démissionnaire”.

<sup>29</sup> Recordem, com efeito, que a codificação a direito constante consiste em agrupar textos existentes de acordo com uma ordem lógica e num documento único sem, no entanto, alterá-lo ou reformá-lo; modificações menores podem, contudo, ser toleradas desde que sejam necessárias para assegurar o respeito da hierarquia das normas e a coerência redacional dos textos assim reunidos, e harmonizar o estado de direito. Distingue-se da codificação, utilizada, por exemplo, para elaborar os cinco grandes códigos napoleônicos, que consiste em conceber um texto novo e criador, que ordena e que sistematiza o conjunto de uma matéria (BRAIBANT, Guy. La codification française. *Revue Administrative*, 1994, p. 172).

<sup>30</sup> Conselho Constitucional, Decisão n. 81-134 DC, de 5 de janeiro de 1982, *Lei de orientação autorizando o Governo, por aplicação do art. 38 da Constituição, a tomar medidas de ordem social*, *Rec.* p. 15.

<sup>31</sup> É, em todo caso, que afirma o seu secretário geral de acordo com que «a simplificação do direito vai para além da codificação à direito constante mas não afeta mais que este último a ossada das legislações em causa» (SCHOETTL, Jean-Éric. Simplification du droit et Constitution. *AJDA* 2003, p. 1393).

<sup>32</sup> Conselho Constitucional, Decisão n. 76-72 DC, de 12 de janeiro de 1977, “*Território de Affars e de Issas*”, *Rec.* p. 31.

<sup>33</sup> Conselho Constitucional, Decisão n. 99-421 DC, de 16 de dezembro de 1999, pré-citada.

<sup>34</sup> JO de 13 de abril de 2000, p. 5646.

<sup>35</sup> Texto do requerimento dos senadores, publicado no JO de 3 de julho de 2003, p. 11211.

<sup>36</sup> Sobre este princípio e no sentido do seu reconhecimento, cf. VALEMBOSIS, Anne-Laure. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français* (A constitucionalização da exigência de segurança jurídica em direito francês). Tese, Dijon, 17 de dezembro de 2003, e a bibliografia citada. Veja, principalmente, MATHIEU, B. La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient. (A segurança jurídica: um princípio constitucional clandestino, mas eficiente). In: *Mélanges Patrice Gélard*, Paris Montchrestien, 2000.

<sup>37</sup> Cf. MATHIEU, Bertrand. *La loi* (A lei). 2 ed. Col. Connaissance du droit. Paris : Dalloz, 2004.

<sup>38</sup> Neste sentido, ver VERPEAUX, M. La liberté. *Número especial da Actualité juridique du droit administratif*] consagrado aos direitos fundamentais, 1998, p.144.

<sup>39</sup> *Loc. cit*

<sup>40</sup> É a decisão n. 2001-455 DC de 12 de janeiro de 2002, Lei sobre a de modernização social que, de maneira mais precisa, distinguiu a clareza da lei, fundada no artigo 34, e objetivo de valor constitucional de inteligibilidade e acessibilidade da lei (considerando 9), *Recueil* das decisões do Conselho constitucional, *Dalloz*, p. 53, *Petites Affiches*, 24 de setembro de 2002, n. 191, p. 15, crôn. MATHIEU, Bertrand.

<sup>41</sup> Para uma ilustração do conjunto destas duas noções, ver a decisão 2003-475 DC, de 24 de Julho de 2003, Lei tratando da reforma da eleição dos senadores (*Recueil Dalloz décisions*, *Dalloz*, p. 400, considerando 20) e decisão n. 2004-500 DC, de 29 de julho de 2004, Lei orgânica relativa à autonomia financeira das coletividades territoriais (JO de 30 de julho de 2004, p. 13562, considerando 13).

<sup>42</sup> Cf. Crônica da jurisprudência constitucional, *Petites Affiches*, 28 de julho de 2000, n. 150.

<sup>43</sup> GONOD, Pascale. La simplification du droit par ordonnance, *AJDA* 2003, p. 1653.

<sup>44</sup> Lei orgânica n. 2004-758 e decisões pré-citadas, *JO* de 30 de julho de 2004, p. 13561 e 13562.

<sup>45</sup> Decisão n. 2001-454 DC, de 17 de janeiro de 2002, *Recueil* das decisões do Conselho Constitucional, *Dalloz*, p. 70, considerandos 26 e 27.

<sup>46</sup> SCHOETTL, J-Eric, crônica pré-citada, p. 104.

## CODIFICATION FACING THE CONSTITUTIONAL COUNCIL

### ABSTRACT

The present article treats the constitutional processes of codification departing from the example of the simplification of Law. There is an analysis of the development of the accessibilities exigencies to the Law linked with the principle of clarity and with the objective constitutional value of intelligibility, as regarded by the French doctrine and jurisprudence.

### KEYWORDS

Codification. France. Law. Simplification. Accessibility. Intelligibility.

## LA CODIFICATION DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur la codification en France, permettant une analyse de cet exemple, dans le but de simplification du droit, notamment en vertu du développement de l'exigence d'accessibilité de la loi, liée au principe de clarté et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité, incorporés par la doctrine et jurisprudence françaises.

### MOTS-CLÉS

Codification. France. Droit. Simplification. Accessibilité. Intelligibilité.

# LA CODIFICATION DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Michel Verpeaux\*

1 La codification par la loi. 1.1 La compétence de principe du législateur. 1.2 La possible codification par voie d'ordonnances. 2 La codification et la qualité de la loi. 2.1 Les fondements de l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. 2.2 Les contours de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

## RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur la codification en France, permettant une analyse de cet exemple, dans le but de simplification du droit, notamment en vertu du développement de l'exigence d'accessibilité de la loi, liée au principe de clarté et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité, incorporés par la doctrine et jurisprudence françaises.

## MOTS-CLÉS

Codification. France. Droit. Simplification. Accessibilité. Intelligibilité.

L'opposition parlementaire de 1999 a déferé la loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes<sup>1</sup> au Conseil constitutionnel qui a, ainsi, pu rendre la décision 99-421 DC du 16 décembre 1999.<sup>2</sup>

Elle a fourni matière aux juristes, et plus spécialement aux constitutionnalistes, de s'interroger enfin sur les contours d'une notion aussi fondamentale en droit que la codification. Jusqu'à cette décision, le Conseil Constitutionnel français n'avait pas véritablement eu à se prononcer sur la codification, alors que cette dernière concerne des questions fondamentales du droit constitutionnel.

La loi du 16 décembre 1999 était une loi de circonstance visant à sortir le Gouvernement d'une situation difficile, c'est-à-dire la production

---

\* Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, Docteur en Droit, auteur des ouvrages dans le domaine du droit constitutionnel et du contentieux constitutionnel, ainsi que de nombreux articles publiés dans plusieurs Revues françaises et étrangères, bien aussi conférencier renommé en France et en d'autres pays.

dans un délai raisonnable de plusieurs codes, dans le cadre d'un programme de codification d'une très grande ambition.<sup>3</sup>

Neuf codes étaient, en 1999, en voie d'achèvement et il ne manquait plus que l'intervention du législateur pour que les parties législatives de ces codes puissent être promulguées<sup>4</sup>. La seule solution qui s'offrait au Gouvernement était d'utiliser la procédure des ordonnances de l'article 38.<sup>5</sup>

Dans son commentaire de la décision 421 DC, J-E Schoettl s'étonnait de la saisine du Conseil d'une loi qui n'aurait pas dû soulever d'opposition politique et qui avait été adoptée de façon consensuelle au Sénat.<sup>6</sup> Mais les réticences rencontrées à l'Assemblée nationale expliquent que seuls des députés ont jugé bon de déposer une saisine qui pouvait se justifier par la volonté de défendre les prérogatives du Parlement dans un processus de codification qui se fait totalement en dehors de lui. Ceux-ci ont permis au Conseil de prendre position, clairement et nettement, sur le « droit constitutionnel de la codification ».

Depuis la décision n. 421 DC, deux autres ont traité directement du problème de la codification. Dans la première, 2001-454 DC, la codification apparaît presque au détour de la décision et de la loi, à propos de l'abrogation de certains articles du code l'urbanisme.<sup>7</sup>

La loi n. 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, mais qui comprend aussi un chapitre habilitant le gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de quatre codes<sup>8</sup>, a donné lieu à la décision n. 2003-473 DC du 26 juin 2003.<sup>9</sup>

La similitude entre les lois de 1999 et de 2003 explique la ressemblance de certaines critiques soulevées à leur rencontre autant que celle des réponses apportées par le conseil constitutionnel. La décision n° 2003-473 DC apparaît ainsi avant tout comme une confirmation de sa jurisprudence antérieure par le conseil, en ce qu'elle impose au gouvernement qui obtient l'habilitation à respecter les exigences de valeur constitutionnelle mais ne l'oblige pas à dévoiler la teneur des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances.

De manière plus récente, la décision 2004-500 du 29 juillet 2004 s'intéresse de manière indirecte à la codification en constatant que le législateur organique pouvait procéder à des modifications de la numérotation des articles du code général des collectivités territoriales, sans que cela n'appelle de sa part « aucune remarque de constitutionnalité ».<sup>10</sup>

Il a fallu attendre ainsi plusieurs décennies pour que la codification puisse aborder les rivages du droit constitutionnel. Mais les interventions du Conseil constitutionnel ne sont pas toutes prévues par l'article 61. Il nous faut remercier alors le service juridique du Conseil et, en particulier, M.

Régis Fraise, de nous avoir aidé, grâce aux moyens documentaires propres au Conseil, à retrouver d'autres décisions, moins diffusées et commentées que les décisions rendues dans le cadre du contrôle de conformité, et qui ont pu être confrontées à la question de la codification.

C'est en effet en tant que juge électoral que le Conseil constitutionnel a été conduit, pour la première fois, à s'intéresser de manière expresse à la question de la codification, dans plusieurs décisions du 17 mai 1978.<sup>11</sup>

L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle relative à la codification a suivi un parcours relativement classique, en ce qu'elle s'est d'abord intéressée à la compétence du législateur pour codifier, avant de se demander en quoi la codification répond à des exigences constitutionnelles. Du fait de ces exigences, on peut penser que le législateur a retrouvé une compétence « naturelle ».

## 1 LA CODIFICATION PAR LA LOI

Rien, dans la Constitution, ne vient évoquer directement une compétence particulière du législateur en matière de codification. C'est à l'occasion de lois habilitant le Gouvernement à codifier par ordonnance que des limites à cette habilitation ont été posées, qui sont autant de façons de considérer que c'est bien à la loi que doit revenir le soin de codifier les dispositions législatives antérieures, sans néanmoins que le Conseil pose expressément le principe d'une compétence du législateur.

### 1.1 La compétence de principe du législateur

La codification ne figure pas au titre des compétences réservées au législateur par l'article 34, comme y figure, pour prendre un exemple comparable, l'amnistie à l'alinéa 5. Il n'est pas plus « normal » relève que cette dernière relève de la liste de l'article 34 et pas la codification. Celle-ci possède, en France, une charge symbolique et politique telle que la compétence du législateur pourrait être inscrite dans le marbre constitutionnel.

Pourrait-on déduire des autres alinéas de ce même article, l'affirmation que la codification doit être l'œuvre du législateur, par exemple au titre de l'alinéa 3 selon lequel la loi fixe les règles « concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », seul alinéa qui permettrait de rattacher l'œuvre codificatrice à la détermination d'une protection particulière des citoyens. On reconnaît volontiers que l'utilisation de cet alinéa un peu « fourre-tout » est assez aléatoire.

La question de la compétence réservée au législateur s'est surtout posée, devant le Conseil d'État, à l'occasion d'une jurisprudence relative à la concurrence entre texte codifié et texte de codification car, dans un certain

nombre de cas, les décrets de codification n'ont jamais été validés par une loi. Dans le domaine du droit des collectivités territoriales par exemple, ce fut le cas du décret du 22 mai 1957 créant le code d'administration communale (C.A.C.). Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que «l'ordonnance du 2 novembre 1945 [...] n'autorisait pas le gouvernement à modifier le sens et la portée» des textes codifiés.<sup>12</sup>

Dans une autre espèce, le Conseil d'Etat s'est montré encore plus explicite en formulant un considérant de principe: après avoir rappelé que le décret du 22 mai 1957 n'avait pas été validé, il a précisé que l'article 630 du C.A.C. avait prévu une substitution aux textes législatifs concernés, mais que ce code «n'a pu ni abroger ni modifier au fond aucune des dispositions législatives en vigueur au moment de son intervention».<sup>13</sup> Cette simple valeur réglementaire ne se retrouvait cependant plus pour les dispositions du Code modifiées après 1957 par la loi.

La codification établie sous le nom de « code des communes » a été, elle aussi, édictée par trois décrets des 27 janvier, 7 mars et 28 mars 1977.<sup>14</sup> Les mêmes difficultés juridiques que celles constatées avec le CAC se sont reproduites et le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 3 janvier 1983, Mme Vincent, a de nouveau considéré que le texte de codification, qui lui non plus n'avait pas été validé par une loi<sup>15</sup>, n'avait pu avoir pour objet de réaliser une abrogation des dispositions législatives antérieures éventuellement contraires aux articles du code des communes.<sup>16</sup>

Le Conseil constitutionnel a eu à connaître de questions similaires, en tant que juge électoral, en affirmant à plusieurs reprises que le décret portant codification des dispositions législatives et réglementaires concernant la législation électorale ne pouvait apporter « aux textes en vigueur que les adaptations de forme rendues nécessaires par le travail de codification, à l'exclusion de toute modification de fond[...] dès lors, la disposition (de l'article L. 348 du code électoral) n'a pu avoir pour effet d'abroger l'article 3 de l'ordonnance du 24 octobre 1958<sup>17</sup> pour lui substituer des dispositions contraires insérées dans le code électoral par le décret de codification».<sup>18</sup>

Sous réserve de cette jurisprudence, si la codification n'est arrivée que tardivement devant le Conseil constitutionnel, c'est donc parce que l'essentiel des codes modernes, élaborés après la Seconde Guerre mondiale, l'ont été sous la forme de décrets.

Certains codes ont nécessité cependant l'intervention préalable du Conseil, au titre de l'article 37 alinéa et de la procédure de délégation. C'est ainsi, par exemple, que la structuration en deux parties, législative et réglementaire, du nouveau code des communes avait fait l'objet de quatre décisions du Conseil constitutionnel, sur demande du Premier ministre, afin que la Haute instance apprécie la nature juridique d'un certain nombre de dispositions intéressant l'administration communale, notamment tirées du Code d'administration communale.<sup>19</sup>

Mais le Conseil ne s'était prononcé que sur le caractère législatif ou réglementaire des dispositions à codifier, il n'avait pas eu à prendre parti, dans le cadre de la procédure de délégalisation, sur la nécessaire ou non intervention du législateur pour codifier.

Les deux décrets de septembre 1989 qui ont réformé les méthodes de codification en créant la Commission supérieure de codification, et une Commission supérieure adjointe chargée de recenser la législation applicable dans les territoires d'outre-mer<sup>20</sup>, n'ont pas fait mention d'une intervention du Parlement, le texte se contentant de prévoir que la Commission doit « adopter et transmettre les projets de codes ». <sup>21</sup>

Soulignant les difficultés, notamment juridiques, de ce qu'elle appelait une « codification administrative », la Commission a suggéré l'intervention du Parlement, du moins pour la partie législative du code, en application de la séparation des compétences normatives, c'est-à-dire en définitive, la séparation des pouvoirs.<sup>22</sup> Il est cependant curieux de constater que le Parlement ne devait sa place dans le processus de codification qu'au souhait émis par une « simple » commission administrative.

L'intervention du Parlement constitue néanmoins l'innovation majeure dans l'adoption des nouveaux codes et « le Parlement joue un rôle essentiel, tout au moins au stade de l'adoption des parties législatives des codes »<sup>23</sup>, même si elle suit la procédure législative habituelle.<sup>24</sup>

Elle peut être aussi, incidemment, une source du retard dans la codification, du fait des lenteurs propres au travail parlementaire.<sup>25</sup> Associé en amont de la procédure par la présence de représentants au sein de la Commission, le Parlement est appelé à approuver la partie législative des projets de code. Mais cette intervention est formelle, tant les travaux de rédaction des textes lui échappent, et comme en témoigne la lecture des débats parlementaires, qui sont d'une grande pauvreté. L'intervention du Parlement permet seulement de lever les incertitudes relatives à la valeur juridique des dispositions contenues dans les codes.

L'intervention du législateur ne se borne pas seulement à classer ou ordonner, elle est aussi une nouvelle norme, de valeur équivalente à celles qu'elle remplace et qu'elle a vocation à abroger. Elle est donc obligatoirement créatrice et le juge ne peut pas l'ignorer, même si elle contredit potentiellement une autre norme.

Il faut alors relativiser les critiques émises à l'encontre du rôle réservé au Parlement dans la codification, qui serait un nouveau « corps des muets ».<sup>26</sup> Même limitée, l'intervention du Parlement ne peut que changer la perspective de la codification et cette dernière ne se résume pas à « une simple validation parlementaire ».<sup>27</sup> En cas de rédaction imparfaite ou erronée, c'est désormais la norme issue de la nouvelle intervention du Parlement qui prime sur toute autre disposition, quand bien même la codification se serait faite « à droit constant ».

## 1.2 La possible codification par voie d'ordonnances

La codification par voie d'ordonnances était l'objectif de la loi du 16 décembre 1999. C'était aussi celui de la loi du 2 juillet 2003. Précisons enfin que c'est l'objectif recherché par l'article 74-1 de la Constitution, introduit par la loi constitutionnelle n. 2003-276 du 28 mars 2003, pour faciliter la transposition, par voie d'ordonnances qui connaissent un autre régime que celui de l'article 38, du droit français dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie.

S'agissant des lois de 1999 et de 2003, l'idée centrale développée par les députés saisissants était que le Parlement avait été dépossédé de ses attributions en matière de codification, le recours à la technique des ordonnances contribuant en outre à priver le législateur de toute possibilité d'intervention.<sup>28</sup>

Aux critiques dirigées contre l'ampleur de l'habilitation qui porterait ainsi atteinte aux droits du Parlement car elle l'empêcherait de mesurer précisément la finalité réelle et exacte de toutes les mesures qu'il autorise le Gouvernement à prendre, le Conseil constitutionnel a répondu, en 1999 (consid. 8) et en 2003 (consid. 26 et suivants), que l'ampleur des délégations autorisées par le législateur n'est pas en soi contraire à l'exigence de précision de l'habilitation législative.

Mais les délégations accordées en 1999 autorisaient seulement le Gouvernement à procéder à une codification à droit constant, c'est-à-dire que les parlementaires étaient en mesure de connaître le contenu des futurs codes, bien qu'éparpiller dans de nombreuses lois.<sup>29</sup>

Or, dans la loi de 2003, il n'est pas seulement question de codification à droit constant, mais aussi plus généralement de simplification du droit. Mais tout d'abord, le Conseil constitutionnel a déjà reconnu conformes à la Constitution des lois d'habilitation opérant des délégations encore plus larges et encore moins encadrées que celle qui était ici soumise à son contrôle<sup>30</sup>. Ensuite, le Conseil semble considérer que la simplification du droit n'emporte pas plus de dessaisissement du Parlement que la codification.<sup>31</sup>

Mais cette liberté laissée au Gouvernement-législateur est accompagnée de conditions, appelées dans les deux décisions de 1999 et de 2003, et précisées en ce qui concerne la codification. Le Conseil constitutionnel considère tout d'abord traditionnellement que le législateur doit déterminer avec précision la finalité des mesures à prendre par ordonnances<sup>32</sup>, mais qu'il ne lui est pas imposé de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation (consid. 12 de la décision de 1999 et consid. 4 de celle de 2003).<sup>33</sup>

La seconde condition est relative à l'urgence que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution : « en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation,

dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification » (consid 5 de la décision de 2003). Alors que le Conseil mettait l'accent, dans la décision de 1999 (consid 13) sur « l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement des neuf codes mentionnés », il ne fait référence, en 2003, qu'aux seuls délais raisonnables méconnus par l'encombrement parlementaire. L'exigence de temps correspond sans doute à l'intérêt général mentionné antérieurement, mais elle est formulée de manière moins solennelle.

L'urgence invoquée ici est néanmoins une condition en quelque sorte endogène. C'est le législateur qui décide en effet de codifier, sans que l'urgence de la codification soit réellement démontrée, et c'est au propre encombrement du législateur que la codification entend remédier, alors que le Parlement est en partie responsable de cette situation.

Les parlementaires estimaient aussi, en 1999, que le contenu de ces codes n'était pas connu du Parlement au moment de la loi d'habilitation et que les matières traitées par ces codes étaient extrêmement vastes et échappaient ainsi aux conditions posées par la jurisprudence du Conseil quant à l'utilisation de l'article 38. Il y aurait eu ainsi une véritable dépossession des attributions du Parlement.

Cette critique fut rejetée par le Conseil puisque, la codification se faisant « à droit constant », le Parlement connaît déjà le contenu des futurs codes, qui correspond à l'ensemble des dispositions législatives en vigueur au moment de la publication des ordonnances (consid. 14 de la décision 421 DC).

On rappellera que c'est une « simple » circulaire en date du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires qui a fixé les règles relatives à la procédure de codification. Encore faut-il préciser que cette circulaire ne fait que reprendre des « méthodes de travail » suggérées par la Commission supérieure de codification instituée par le décret du 12 septembre 1989.

Parmi ces méthodes, figurait la codification à droit constant. Pour la première fois, dans la décision 421 DC, le principe de la codification à droit constant a donc été reconnu et validé par le Conseil constitutionnel, sans obtenir pour autant une valeur constitutionnelle. Il n'a reçu d'ailleurs une consécration législative que quelques mois plus tard, puisque la loi n. 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, a posé à l'article 3 le principe selon lequel « la codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes.

Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit».<sup>34</sup>

L'inscription de ce principe, écrit cette fois en toutes lettres dans une loi, lui accorde bien sûr une valeur symbolique très grande par rapport aux sources antérieures, sous la réserve que ce qu'une loi a fait, une autre, y compris de codification, pourrait le défaire.

Le principe de la codification à droit constant a été invoqué dans la saisine dirigée contre la loi de 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, en s'appuyant sur la jurisprudence de 1999. Il était reproché à la loi de méconnaître l'article 38 en tant qu'elle dérogeait au principe de la codification à droit constant, car elle autorisait le Gouvernement non seulement à codifier, mais aussi à « modifier, compléter et codifier diverses législations » (art 34 de la loi), ce que la saisine appelait de manière imagée une « codification à droit mouvant ».<sup>35</sup>

Le Conseil a répondu que l'article 38 n'interdisait pas au législateur d'habiliter le Gouvernement à modifier les codes existants, dès lors qu'était précisée la finalité des mesures à prendre (consid. 28 de la décision 473 DC). Mais il a pris soin de constater que ces modifications ne « bouleversaient pas l'économie générale des codes et se contentaient d'adapter les textes antérieurs à l'évolution des circonstances de droit, et « modifier les dispositions dont la pratique aurait révélé le caractère inadéquat » (consid. 29).

C'est donc parce qu'il ne s'agit que d'une codification à droit constant, même assouplie, que la procédure des ordonnances n'est pas inconstitutionnelle, le Parlement n'étant pas dépossédé de son pouvoir de légiférer et le Gouvernement ne pouvant pas apporter de modifications de fond aux dispositions en vigueur.

La seule harmonisation du droit que peut opérer le codificateur- c'est-à-dire le Gouvernement- consiste à remédier aux incompatibilités entre les dispositions soumises à codification selon la limite posée par le Conseil lui-même. C'est aussi parce que les modifications apportées par le Gouvernement ne seront que ponctuelles que le recours à l'article 38 est possible.

En consacrant la codification comme l'une des justifications du recours à l'article 38, le Conseil reconnaît à celle-ci une valeur d'autant plus grande qu'elle contribue à renforcer un nouvel objectif de valeur constitutionnelle.

## 2 LA CODIFICATION ET LA QUALITÉ DE LA LOI

Il ne suffit pas de considérer que la codification doit se faire par la voie législative, même si la Constitution ne paraît pas l'exiger. Il faut aussi se demander si la codification répond à un besoin constitutionnel. L'avancée remarquable réalisée par les deux décisions du Conseil constitutionnel de 1999 et de 2003 permet d'affirmer que la codification améliore la loi, mais qu'elle ne peut parvenir, à elle seule, à cet objectif de valeur constitutionnelle.

## 2.1 Les fondements de l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

En affirmant que l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement des codes est une finalité qui "répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables"(consid. 13 de la décision 421 DC), le Conseil constitutionnel a établi en droit français l'un des aspects du principe, discuté, dit de sécurité juridique, en le fondant sur l'article 16 de la Déclaration de 1789.<sup>36</sup>

La reconnaissance de ce principe est cependant encore implicite car le terme de sécurité juridique n'apparaît pas expressément dans la décision, mais la "chose" y est incontestablement. Mais, ce qui n'est pas implicite, et sous réserve d'un étiquetage spécifique, ce sont les deux impératifs mis en avant par le Conseil, la prévisibilité et la qualité du droit.

Dans la décision 473 DC, le Conseil a légèrement modifié la justification du recours aux ordonnances en affirmant que la double finalité de la simplification et de la codification du droit «répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi; qu'en effet, l'égalité devant la loi...et «la garantie des droits» requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile». L'exigence de la qualité de la loi est donc renforcée par la condamnation d'une législation inutilement complexe. Il est particulièrement pertinent que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, elles-mêmes associées à l'idée de simplicité de la loi, soit reconnu à l'occasion de l'examen de lois relatives à la codification.<sup>37</sup>

Par une motivation, incidente en 1999 et dont la portée était renforcée par le fait qu'elle ne répondait pas directement à une argumentation soulevée dans les saisines mais qui s'appuyait indirectement sur les exigences de sécurité juridique relevées dans le mémoire en défense du gouvernement, mais principale en 2003, le Conseil précise le fondement de l'exigence constitutionnelle qu'il dégage. Ce qui s'apparentait, dans la rédaction de la décision de 1999 (consid. 13) à une forme d'"obiter dictum", car il n'était pas absolument nécessaire que le Conseil fasse ce "détour" par ce nouvel objectif constitutionnel pour valider la procédure suivie par la loi d'habilitation, devient en 2003, la justification profonde du recours aux ordonnances et de la codification.

La confirmation de la valeur constitutionnelle de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi par la décision 473 DC est d'autant plus remarquable que le Conseil constitutionnel prend la peine de rappeler

son quadruple fondement constitutionnel, à savoir les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ce sont plus précisément le principe d'égalité énoncé à l'article 6 de cette Déclaration ainsi que la notion de garantie des droits sise à son article 16 qui semblent principalement fonder cet objectif constitutionnel.

Ainsi l'article 16 de la Déclaration de 1789 est enfin reconnu comme un texte de droit positif dont l'effectivité doit être assurée, à l'instar de toute disposition inscrite dans un texte à valeur constitutionnelle. Déjà utilisé pour fonder le droit au recours (décis. 335 DC) et le principe de séparation des pouvoirs (décis. 404 DC), l'article 16 de la Déclaration de 1789 retrouve la place centrale qui lui revient.

Selon cet article, "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution." C'est en droit français l'expression la plus précise de l'Etat de droit.

C'est ainsi de manière parfaitement cohérente que le Conseil traduit cet impératif en objectif de valeur constitutionnelle. En ce sens, si l'exigence constitutionnelle relative à la qualité de la loi, ne s'incarne pas dans un droit subjectif dont les individus pourraient invoquer le respect devant un juge, elle traduit un impératif auquel le législateur, mais aussi probablement toute autorité normative, sont soumis et dont le juge doit veiller au respect dans le cadre d'un contentieux objectif.

La référence à l'article 16 est associée, en 1999 et en 2003, au principe d'égalité devant la loi énoncé à l'article 6 de la même Déclaration des droits. Car si la loi doit être accessible, elle doit l'être également à tous. Pour que les citoyens soient réellement égaux devant la loi, il faut qu'ils la connaissent de manière simple et accessible. Afin qu'ils puissent défendre leurs droits, il est nécessaire qu'ils en aient une compréhension intelligible.

Le Conseil est plus précis dans la décision de 2003 car les exigences posées par les articles 6 et 16 de la Déclaration « pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes » (consid. 13 de la décision 421 DC), la certitude est plus grande en 2003 car les mêmes exigences « ne seraient pas effectives » (consid. 5 de la décision 473 DC). Est exprimée de cette manière toute la différence entre une décision qui pouvait être présentée comme un « ballon d'essai » et une jurisprudence solidement installée.

Le Conseil ajoutait, en 1999, qu' « une telle connaissance (des normes applicables) était, en outre, nécessaire à l'exercice de droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas ". La référence à l'article 5 de la Déclaration n'était pas si fréquente pour qu'elle ne fût pas

notée.<sup>38</sup> L'expression « en outre » montrait alors que la logique des références aux articles 4 et 5 semblait distincte de celle relative à la garantie des droits et à l'égalité devant la loi, même si elles étaient articulées l'une avec l'autre.

Le lien entre ces normes constitutionnelles est mieux affirmé dans la décision 473 DC. En effet, l'exercice des droits et des libertés à laquelle font référence ces deux articles 4 et 5, serait méconnu si la loi n'était ni intelligible ni accessible. C'est ce qu'exprime le considérant 5 qui dispose que c'est « à défaut » d'une connaissance accessible et intelligible des normes, que cet exercice des droits serait restreint. En définitive, l'objectif constitutionnel, réalisé notamment par le codification, n'est qu'un moyen d'atteindre le but plus ultime de la protection des droits et libertés, ce qui est tout autant conforme aux préceptes de l'article 2 de la Déclaration qu'à ceux des articles 4 et 5 de cette même Déclaration, dont l'utilisation devient de plus en plus large, au risque de perdre de leur substance.<sup>39</sup>

Par ailleurs, c'est aussi la logique de l'article 16 de la DDHC qui est ainsi parfaitement retrouvée. L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont des exigences constitutionnelles car elles visent à garantir des droits constitutionnels substantiels.

Dans ces deux décisions, le Conseil constitutionnel n'utilise pas le concept, relativement neuf, de la clarté de la loi, à propos de la codification. Cette notion, parfois d'une « obscure clarté », n'a jamais été utilisée directement par le Conseil à propos de la codification. Elle est fondée sur l'article 34 et, si on la comprend bien, elle signifie qu'une loi, pour mériter ce nom et cette qualité qu'elle tient précisément de cet article, doit être suffisamment complète et comporter tous les éléments nécessaires pour être applicables, sans renvoyer inutilement à d'autres autorités le soin de définir ce qu'elle doit elle-même régler ou déterminer.<sup>40</sup>

L'incertitude réside sans doute dans les contours parfois de ce que le Conseil entend par l'exigence de « clarté », car ce qui est « intelligible et accessible » est aussi, en principe « clair ». La distinction entre ces deux normes constitutionnelles est d'autant plus délicate, parfois, que le Conseil constitutionnel fait un usage concomitant de la clarté et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.<sup>41</sup> Sauf en matière de codification, pour laquelle seul l'objectif doit être poursuivi, sans que le Conseil n'ait recours à la notion de clarté de la loi.

## 2.2 Les contours de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi

On peut se demander en quoi la codification rend la loi plus accessible et plus intelligible. Dans la décision 473 DC, le rattachement de l'entreprise de simplification du droit à cet objectif de valeur constitutionnelle n'était pas nécessaire pour reconnaître la valeur constitutionnelle de l'habilitation législative contestée; la seule exigence d'un caractère d'urgence aurait suffi,

selon l'article 38 interprété par le Conseil, en effet à rendre conforme à la Constitution le recours aux ordonnances.

L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi peut être rattaché à l'exigence plus générale de qualité de la loi qui implique clarté et prévisibilité du droit. Le rattachement de l'entreprise de simplification du droit par la loi et la décision de 2003 à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi élargit la solution retenue dans la décision n. 99-421 DC qui promouvait le principe de la codification à droit constant en le rattachant à ce même objectif constitutionnel.

On peut penser, en effet que la référence à la complexité répond d'abord à l'objectif de simplification, mais il n'est pas interdit de penser que la codification est aussi un moyen de parvenir à un droit « simple » ce qui correspond d'ailleurs au souci d'intelligibilité. Il apparaît en effet tout d'abord que ce n'est pas seulement la codification à droit constant qui est le vecteur de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité, contrairement à ce qu'il avait pu sembler à la lecture de la décision de 1999<sup>42</sup>, mais la codification en général.

En effet, l'article 34 de la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit fait exception au principe de la codification à droit constant. Or, comme cela a été mentionné, le Conseil affirme que l'article 38 de la Constitution « ne s'oppose pas à ce que le législateur habilite le Gouvernement à modifier ou compléter un code existant dès lors que cette habilitation précise la finalité des mesures à prendre ». Ensuite, c'est la simplification du droit qui est considérée en 2003 comme un vecteur de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; or, la simplification inclut la codification mais ne se réduit pas à elle.<sup>43</sup>

Le souci, exposé en 2003, d'une loi débarrassée de toute « complexité inutile » a trouvé une illustration significative dans la censure de dispositions de la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales par la décision 2004-500 DC du 29 juillet 2004, au motif que la Constitution impose au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire » (consid 13).<sup>44</sup>

On remarquera avec intérêt que la formulation nouvelle de cette exigence d'une loi dénuée d'ambiguïté repose notamment sur l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Néanmoins, la volonté du Conseil constitutionnel, renforcée au fil de ses décisions, d'une « bonne loi » dépasse la seule codification car cette dernière, surtout lorsqu'elle est réalisée à droit constant, ne peut pas, à elle seule, garantir que la loi sera simple et précise. Il faut alors considérer que la codification n'est qu'un moyen de parvenir à ce but.

Il est ainsi indifférent que le législateur codifie des dispositions dans un code plutôt que dans un autre. Dans la décision 454 DC, à propos de la loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse, le Conseil a estimé que le législateur ayant décidé d'abroger certains articles du code de l'urbanisme et de les remplacer par des dispositions nouvelles insérées au code général des collectivités territoriales, il ne pouvait être reproché à la loi d'avoir méconnu l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

Le choix opéré par la loi de codifier dans le code général des collectivités territoriales des dispositions relatives au droit de l'urbanisme en Corse, qui se substituent à des articles insérés dans le code de l'urbanisme, est un choix de pure opportunité et sur lequel le Conseil n'a pas à se prononcer<sup>45</sup>. C'est parce que, selon J-E Schoettl, le Conseil n'a pas un pouvoir d'appréciation de « même nature » que le Parlement, selon la formule désormais utilisée par le Conseil depuis la décision 2001-444 DC.<sup>46</sup>

Il aurait été intéressant que le Conseil statue sur la disparition pure et simple de dispositions codifiées pour savoir si l'abrogation pure et simple risque de porter atteinte à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, ce qui pourrait impliquer que toute codification est un mouvement continu qui ne connaît aucun retour en arrière. La codification, qui a fait une entrée, tardive mais réelle, dans le droit constitutionnel, n'a pas fini d'intéresser cette discipline.

<sup>1</sup> La loi n. 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes est publiée au J.O du 22 décembre 1999, p. 19040 et la décision est publiée ibidem, p. 19041.

<sup>2</sup> La décision n. 99-421 D.C. du 16 décembre 1999 (*Rec.* p. 136 ; *Dalloz* 2000, *Chroniques*, p. 361), a fait l'objet de plusieurs commentaires (comm. Marie-Anne FRISON-ROCHE et William BARANÈS ; *Dalloz* 2000, n. 4, *Point de vue*, p. VII, comm. Bertrand MATHIEU ; *Petites Affiches*. 28 juillet 2000, n. 150, p. 15, chron. Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX ; *RTDciv.* 2000, p. 186, comm. Nicolas MOLFESSIS ; *RFDC* n. 41, 2000, p. 120, comm. Didier RIBES ; *AJDA.* 2000, p. 31, comment. Jean-Éric SCHOETTL).

<sup>3</sup> C'est ainsi que depuis 1989, ont été adoptés le code de la propriété intellectuelle, le code de la consommation, plusieurs livres du code rural, le code des juridictions financières et le code général des collectivités territoriales. En revanche, depuis 1996, aucun code n'a pu être adopté par le Parlement. Le programme de la Commission supérieure de codification prévoyait de faire adopter, entre 1996 et 2000, 22 nouveaux codes!

<sup>4</sup> Il s'agit, dans l'ordre de présentation de l'article 1<sup>er</sup> de la loi d'habilitation, des Livres VII et IX du code rural, du code de l'éducation, du code de la santé publique, du code de commerce, du code de l'environnement, du code de la justice administrative, du code de la route, du code de l'action sociale et du code monétaire et financier. L'ordre n'est pas indifférent car l'article 2 de la loi établit une sorte de priorité dans l'édition des différentes ordonnances qui est fonction de la place de ces codes dans cette énumération.

<sup>5</sup> La loi prévoyait aussi un délai pour le dépôt de la loi de ratification, de deux mois à compter de la publication et au plus tard le dernier jour du quatorzième mois suivant la publication de la loi d'habilitation.

- <sup>6</sup> Décisions du Conseil constitutionnel, *Actualité juridique de droit administratif*, 2000, p. 33.
- <sup>7</sup> Décision 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, JO du 23 janvier 2002, p. 1527.
- <sup>8</sup> Il s'agit du code du patrimoine, du code de la recherche, du code du tourisme et( du code de l'organisation judiciaire (art. 33 de la loi du 2 juillet 2003). Cette loi comporte aussi ratification de diverses ordonnances ayant notamment codifié des parties Législatives de codes postérieurs à 1999 (art. 31).
- <sup>9</sup> Publiée dans le J.O du 3 juillet 2003, p. 11205.
- <sup>10</sup> JO du 30 juillet 2004, p. 13562, Loi organique n. 2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales *ibidem*, p. 13561. Pour une première analyse de cette décision, voir Jean-Eric-Schoettl, Petites affiches, n.162 du 13 août 2004, p. 12
- <sup>11</sup> Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 1978, p. 88 et suivantes.
- <sup>12</sup> Conseil d'Etat, 3 janvier 1962 Ville d'Aix en Provence, sieurs Mouret et autres, *Recueil*, p. 2.
- <sup>13</sup> Conseil d'Etat, 1 octobre 1971, *Consorts Vitrin*, *Recueil*, p. 57.
- <sup>14</sup> Décrets n. 77-90 et 77-91 du 27 janvier 1977, respectivement consacrés à la partie législative et à la partie réglementaire, publiés dans JO du 3 février 1977, p. 371; décrets 77-240 et 77-241 du 7 mars 1977, répartis de la même manière, publiant le Livre III, J.O. du 18 mars 1977, p. 1467 et décrets 77-372 et 77-373 du 28 mars 1977 pour les Livres IV et V, J.O. du 5 avril 1977, p. 1933. Des «dispositions finales» étaient déjà prévues dans les deux premiers décrets, celui du 28 mars 1977 substituant des nouvelles dispositions aux précédentes. Les deux décrets du 28 mars 1977 obéissent au même partage entre partie législative et partie réglementaire.
- <sup>15</sup> A la différence du Code des Tribunaux administratifs, validé par la loi 76-521 du 16 juin 1976 modifiant certaines dispositions du code des tribunaux administratifs et donnant force de loi à la partie législative de ce code (cf. JO du 17 juin 1976, p. 3635)
- <sup>16</sup> Conseil d'Etat, 3 juin 1983, *Mme Vincent*, *Recueil*, p. 227.
- <sup>17</sup> Il s'agit de l'ordonnance n. 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires.
- <sup>18</sup> Décision 78-858/78-885 du 17 mai 1978, *A.N. Puy-de-Dôme*, 1<sup>ère</sup> circ., *Recueil*, p. 92, n.78-863 *Bouches-du-Rhône*, 9<sup>ème</sup> circ., p. 94 ; n. 78-878 *Côte d'Or*, 1<sup>ère</sup> circ., p. 96 et n. 78-879 *Loiret*, 2<sup>ème</sup> circ., p. 98.
- <sup>19</sup> Décisions n. 64-29 L du 12 mai 1964, *Administration départementale et communale*, cf. FAVOREU, Louis (dir.) *Recueil de jurisprudence constitutionnelle* (RJC). Paris : Litec, p. 16; n. 67-49 L du 12 décembre 1967, cf. *ibidem*, p. 32; n. 69-52 L du 27 février 1969, cf. *ibidem*, p. 34; n. 70-63 L du 9 juillet 1970, cf. *ibidem*, p. 41; n. 71-70 L du 23 avril 1971, cf. *ibidem*, p. 46 ; 75-84 L du 19 novembre 1975, cf. *ibidem*, p. 61; n. 76-89 L du 2 juin 1976, cf. *ibidem*, p. 66; n. 76-89 L du 6 octobre 1976, cf. *ibidem*, p. 70.
- <sup>20</sup> Décret 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, JO du 13 septembre 1989, p. 11560, et décret 89-704 du 28 septembre 1989 portant création d'une commission adjointe à la Commission supérieure de codification, publié dans le JO du 29 septembre 1989, p. 12239. Le premier décret abroge le décret de 1948 et la Commission que ce dernier avait créée.
- <sup>21</sup> Sur le travail de la Commission supérieure de codification en ce qui concerne ce code, voir l'étude de BRAIBANT, G et CATTI, E, *Le Code général des collectivités territoriales*, p. 132.
- <sup>22</sup> La seule place faite au Parlement se résume, à la présence, en tant que membres permanents, d'un député et d'un sénateur, désignés par les commissions des lois des deux assemblées, et de représentants de la ou des commissions compétentes, en fonction des textes étudiés, des deux assemblées. Sur la place du Parlement dans le processus de codification, voir ALBERTINI, P. La codification et le Parlement, *AJDA.*, 1997, p. 660.
- <sup>23</sup> Cinquième rapport annuel de la Commission supérieure de codification, adopté en 1995. Cf. *Revue administrative*, 1995, p. 313.
- <sup>24</sup> La circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires rappelle néanmoins que les phases d'adoption de la partie législative suivent le droit

commun (voir DRAGO, G. De la codification à l'évaluation, premiers commentaires de la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996 et de La loi n. 96-516 du 14 juin 1996, *JCP, édit générale*, 24 juillet 1996, Doctrine, n. 3953).

<sup>25</sup> Voir le journal *Le Monde* du 23 juillet 1996 présentant le rapport annuel de la Commission supérieure de codification qui déplorait les retards dus à ces lenteurs.

<sup>26</sup> Selon le nom donné au Corps législatif prévu à l'article 34 de la Constitution du 22 frimaire VIII (13 décembre 1799)

<sup>27</sup> Selon l'expression très juste de G. Koubi (*Petites Affiches, op cit*, p. 12). Cf. aussi ALBERTINI, P. La codification et le Parlement, *op. cit.*, p. 663. Pour un exemple des conséquences de cette nouvelle codification législative, voir le jugement du Tribunal administratif de Dijon du 13 janvier 1998, *RFDA* 1999, p. 965, note M. VERPEAUX.

<sup>28</sup> Ces parlementaires auraient été inspirés, selon D. Ribes (*op. cit.*), par un article de François Terré paru au *Figaro* du 23 novembre 1999 et intitulé " Le Parlement démissionnaire ".

<sup>29</sup> Rappelons en effet que la codification à droit constant consiste à regrouper des textes existants selon un ordre logique et dans un document unique sans pour autant les modifier ou les réformer ; des modifications mineures peuvent toutefois être tolérées qui sont rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit. Elle se distingue de la codification utilisée par exemple pour élaborer les cinq grands codes napoléoniens qui consiste à concevoir un texte nouveau et créateur qui ordonne et qui systématise l'ensemble d'une matière (BRAIBANT, Guy. La codification française. *Revue Administrative*, 1994, p. 172).

<sup>30</sup> Conseil constitutionnel, Décision n. 81-134 D.C. du 5 janvier 1982, *Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social*, Rec. p. 15.

<sup>31</sup> C'est en tout cas ce qu'affirme son secrétaire général selon lequel « la simplification du droit va au-delà de la codification à droit constant mais n'affecte pas plus que cette dernière l'ossature des législations en cause » (SCHOETTL, Jean-Éric. Simplification du droit et Constitution, *AJDA* 2003, p. 1393).

<sup>32</sup> Conseil constitutionnel, Décision n. 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Territoire des Affars et des Issas*, Rec. p. 31.

<sup>33</sup> Conseil constitutionnel, Décision n. 99-421 DC du 16 décembre 1999, précitée.

<sup>34</sup> JO du 13 avril 2000, p. 5646.

<sup>35</sup> Texte de la saisine des sénateurs, publié dans le JO du 3 juillet 2003, p. 11211.

<sup>36</sup> Sur ce principe et dans le sens de sa reconnaissance, cf. VALEMBOIS, Anne-Laure. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Thèse dactyl., Dijon, 17 décembre 2003, et la bibliographie citée. Voir notamment MATHIEU, B. La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient. In: *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000.

<sup>37</sup> Cf. MATHIEU, Bertrand. *La loi*. 2<sup>ème</sup> éd. Coll. Connaissance du droit Dalloz, 2004.

<sup>38</sup> Dans ce sens, voir VERPEAUX, M. La liberté. *numéro spécial de l'AJDA*, consacré aux droits fondamentaux, 1998, p.144.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> C'est la décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale qui a, de la manière la plus précise, distingué la clarté de la loi, fondée sur l'article 34, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (consid. 9), Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, p. 53, *Petites Affiches*, 24 septembre 2002, n. 191, p. 15, chron. MATHIEU, Bertrand.

<sup>41</sup> Pour une illustration de cette conjointe de deux notions, voir la décision 2003-475 DC du 24 juillet 2003, Loi portant réforme de l'élection des sénateurs (*Recueil Dalloz décisions*, Dalloz, p. 400, consid. 20) et décision 2004-500 DC du 29 juillet 2004, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales (JO du 30 juillet 2004, p. 13562, consid. 13).

<sup>42</sup> Cf. chronique de jurisprudence constitutionnelle, *Petites Affiches*, 28 juillet 2000, n. 150.

<sup>43</sup> GONOD, Pascale. La simplification du droit par ordonnance, *AJDA* 2003, p. 1653.

<sup>44</sup> Loi organique n. 2004-758 et décision précitées, JO du 30 juillet 2004, p. 13561 et 13562.

<sup>45</sup> Décision 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, p. 70, consid. 26 et 27.

<sup>46</sup> SCHOETTL, J-Eric, chronique précitée, p. 104.

## CODIFICATION FACING THE CONSTITUTIONAL COUNCIL

### ABSTRACT

The present article treats the constitutional processes of codification departing from the example of the simplification of Law. There is an analysis of the development of the accessibilities exigencies to the Law linked with the principle of clarity and with the objective constitutional value of intelligibility, as regarded by the French doctrine and jurisprudence.

### KEYWORDS

Codification. France. Law. Simplification. Accessibility. Intelligibility.

# O DIREITO NA SOCIEDADE DO RISCO<sup>NT</sup>

Raffaele De Giorgi\*

## RESUMO

Estabelece as correlações entre complexidade, contigência e informação na sociedade do risco.

## PALAVRAS-CHAVE

Sociedade de risco. Complexidade. Contingência. Informação.

Humanidade é um papel humorístico. Assim escreveu Novalis, em um de seus *fragmentos*, no início do século XVIII. Uma afirmação surpreendente em um período no qual a poesia romântica já celebrava, na sombria interioridade dos particulares, a grandiosa universalidade do gênero humano e a sublime experiência do mundo. Também o mundo, como conceito jurídico e político, iniciava naquele período uma carreira de sucesso. Somente um século depois, Nietzsche teria dito que o mundo não é outra coisa que uma imprecisão cristã. Um conceito limite ao qual endereçamos toda nossa ignorância necessária.

O horizonte inevitavelmente se distancia quando dele nos aproximamos com nosso saber sobre o mundo. *Humanidade e mundo, humorismo e paradoxo*. Uma distinção que converge em um ponto cego que representa a unidade da diferença que a produz. Esta unidade não é nada mais que a razão; ainda naquele século, o XIX, a razão iluminista, aquela que permitiu constitucionalizar o direito, ainda que tivesse o dever de fechar-se em si mesma como razão dos particulares, registrou seus sucessos e seu reconhecimento na organização dos Estados e na regulação jurídica das ações.

Foi conferida dignidade jurídica para a humanidade dos homens, que eram tratados como cidadãos dos Estados. Foram negadas as diferenças, do ponto de vista do direito, em relação à qualidade da natureza das pessoas e Kant podia esperar uma sociedade universal dos cidadãos do mundo. Feuerbach tornou absoluta a idéia do humanismo do homem e o protegeu contra as ameaças da religião. Continuou, assim, a obra do outro Feuerbach que contribuía para a civilização do direito penal. Uma obra que mais tarde tornou possível a formalização do ilícito e a delimitação da incerteza da intervenção punitiva.

---

\* Coordenador do Doutorado em Evolução dos Sistemas Jurídicos e Novos Direitos - Facoltà Di Giurisprudenza em Lecce - Itália. Diretor do Departamento de Estudos e Coordenador do Centro de Documentação da Comunidade Européia. Diretor do "Centro di Studi Sul Rischio" Professor titular de Teoria Geral do Direito e Sociologia do Direito da Universidade de Lecce, Itália.

<sup>NT</sup> Artigo traduzido por Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves e revisado por Juraci Mourão Lopes Filho.

Por outro lado, também os primeiros códigos racionalizaram a experiência jurídica. Deram estrutura às expectativas dos particulares, tornaram objeto de expectativa as próprias expectativas de acesso ao direito, de cálculo racional das ações tanto dos particulares quanto do Estado. Isso permitiu aos juristas pensar que o progresso da humanidade garantiria aos povos existência segura e os ampararia em uma grande comunidade do mundo. No direito público – mas também no comercial e no internacional –, a afirmação da idéia de mundo alarga e estabiliza relações e parece corresponder à expansão universal da razão que teria abandonado, no passado, a barbárie do direito penal e identificado o progresso com o reconhecimento da humanidade dos homens.

De um lado, humanidade e razão. De outro, o direito do mundo e as leis do mundo. Por um século, até o limiar do século XX, estes conceitos permitiram que a sociedade se representasse e descrevesse sua diferença. Representava a distância que a separava do passado e imaginava como progresso a construção de seu futuro. Entretanto, humorismo – um humorismo trágico como aquele que os personagens de Pirandello recitavam – e paradoxo eram velados, ocultados.

De fato, só na metade do século, a humanidade pôde ser representada através da perversa redescritção das diferenças entre raças, enquanto a razão política dos Estados, que começavam a se considerar nacionais, revelou-se como razão justificadora das guerras, como razão de estado e, portanto, como violência legítima. Naquele momento, o direito dos códigos, que nasceu como direito dos privados, manifestava-se cada vez mais como direito daqueles que Kant chamou **senhores de si mesmos**, ou seja, daqueles que tinham interesses a tutelar e dispunham de relativos meios de tutela. Uma humanidade, uma qualidade de cidadãos que a industrialização limitava a uma minoria sempre mais restrita, constituída daqueles que oportunamente se chamavam abastados. Hegel podia considerar o Estado como realização da idéia ética e podia atribuir à razão ocidental e ao seu limite temporal – o direito – a cidadania européia. No mundo, dizia Hegel, deve-se comandar. Na feia infinidade deve-se comandar. Para a política dos Estados, isso significa que o mundo deve ser civilizado, que a humanidade inferior, aquela que vivia na exclusão da razão, devia ser colonizada. Guerra de povos e guerra de raças. Assim os Estados nacionais, os sistemas jurídicos constitucionalizados, a cultura ocidental apresentam-se ao século XX.

Um século que, muitas vezes, fez experiências com a destruição da humanidade, com o mundo transformado em teatro da guerra. Hegel afirmou: “não é outra coisa que a representação da tragédia na eticidade que o absoluto eternamente recita consigo mesmo”. Uma representação na qual a humanidade adquire o papel do humorismo trágico e o mundo, que não tem papel, torna-se o espaço sem tempo, o confim do não-saber. Enquanto a razão se manifesta finalmente como ponto cego, paradoxo da fundação, referência destituída de referências. A razão – aquela que segundo Kant está além do tempo, aquela pela qual o tempo inicia, aquela que como razão dos

particulares, dos Estados, do mundo inicia o tempo – não pode dizer sobre si mesma que é racional. O século passado, mas também este que acabou de começar, vincularam seu tempo histórico ao paradoxo da razão.

Naquela razão o direito moderno encontrou sua força, sua sustentação, sua legitimação. Era uma razão que utilizava referências externas, às vezes diversas, que conectava sua descontinuidade e a apresentava como progresso, emancipação, liberação. Trata-se do querer divino, da ordem do mundo, da natureza humana ou da natureza dos homens e das coisas. Assim, aquelas referências justificavam o direito da igualdade ou o direito da diferença; o direito de fazer a guerra ou o direito de defender-se; o direito que inclui e exclui. Mas a razão não agia somente como fundamento. Operava como parasita no interior do direito através das variadas multiplicidades das figuras dogmáticas, de suas conexões e elisões. Podia ser razão de estado ou dos privados, razão de interesse do particular ou de interesse coletivo, razão da tortura ou da moderação da pena, razão inquisitória ou acusatória. O parasita sempre agiu, tem sempre funcionado até requerer, em nome da humanidade, um direito superior ao direito. Um direito humano, tantos direitos humanos, que justifica a pena de morte e a morte da pena, a ordem do mundo e mundo da ordem, o nascimento em nome do Senhor e a morte em nome do povo, a guerra humanitária e a humanização da guerra. A humanidade é o ponto cego das distinções que devem ser sublimadas. Um véu grotesco sob o qual os escritores contemporâneos de coisas jurídicas e sociológicas “procuram perplexos onde não existe nada”.

Aquela razão condensou seguranças, desenvolveu um universo semântico de certezas, identidade, estabilidade. Motivou representações do futuro como resultado de um projeto racional que realizaria condições melhores da sociedade. Mas a sociedade não realiza projetos, a sociedade não persegue fins, a sociedade não opera com base em princípios. A sociedade é como é. Da mesma forma o direito da sociedade que também não persegue fins, também não se realiza nem se conclui com a realização de um fim, mesmo que este se refira à humanização, justiça ou ordem.

A semântica da razão representou-se como semântica da sociedade moderna. Mas, diante da modernidade da sociedade moderna, diante da desidentificação desta sociedade em relação àquelas que a precederam, a semântica soube somente declarar a modernidade como projeto falido. Podia fornecer somente idéias normativas e, não podendo desvelar o paradoxo de sua racionalidade, não podendo renunciar à representação do futuro como dever ser, protege-se do presente declarando a sociedade moderna como sociedade do risco, como sociedade em risco. Diante do risco, indica ulterior recurso à razão: a escolha racional, a redução do dano, um direito orientado às conseqüências, as agências de risco, uma tecnologia cautelosa, uma política da compaixão, uma ordem universal da boa vontade, um banco moral, uma ciência limitada pela bondade dos fins. Por trás da argumentação da razão existe um outro horizonte de certezas: a moral. Um outro paradoxo

encontra-se no fato de que a moral não pode dizer dela mesma se é ou não moral, assim como a moral do risco não conhece o risco da moral.

Mas o que é apresentado como risco na sociedade do risco? O que está em risco nesta sociedade? O direito, a política ou a própria sociedade? A que se contrapõe o risco? Qual o outro lado da distinção que um dos lados é a sociedade do risco? Segurança? Estabilidade? Compaixão? Ordem? Ou ainda: racionalidade, crítica, reflexão? O risco da sociedade do risco é uma questão que interessa às operações da estrutura da sociedade ou uma questão relativa ao caráter das descrições da semântica, por meio das quais a sociedade observa-se?

Desde o momento em que a sociedade moderna começou a considerar-se moderna, as características da modernidade estão em mudança contínua. Também, em contínua mudança, estão as semânticas que representam aquelas características. Sobre o plano das operações que se realizam através da estrutura da sociedade moderna, aquilo que caracteriza sua recursividade é a capacidade de autotransformação. A sociedade moderna, em outras palavras, é caracterizada pelas ordens que se substituem a partir de si e, portanto, pela contínua produção daquilo que é outro. Esta sociedade torna-se instável a partir de si e não pode ser observada através da distinção entre ordem e desordem. Ordem e desordem não podem se confrontar entre si. Podemos dizer, então, que, já no âmbito de suas operações, a sociedade moderna não tolera nenhuma ontologia. Esta sociedade depende inexoravelmente de si, é deixada, como escreveu Luhmann, a si mesma, sem alternativas.

As observações dos aspectos estruturais que fazem a diferença que é a modernidade da sociedade moderna permitem-nos considerar as seguintes conseqüências. Primeiro, a dimensão temporal identifica esta sociedade em relação a outras. Ela é moderna. Esta mesma dimensão, todavia, identifica esta sociedade consigo mesma. A contínua auto-instabilização – aquilo que continuamente é outro – torna muito grave o problema do presente, mas também a questão do futuro. O presente não pode mais ocultar seu paradoxo constitutivo que o torna um tempo em que não há tempo. O presente adquire o caráter de um valor limite que marca a diferença entre passado e futuro. Do mesmo modo, o futuro, a dimensão temporal daquilo que pode ser outro, põe continuamente o presente diante da necessidade de dispor de vínculos que delimitam a possibilidade do ser outro, que tornem o presente objeto de expectativa, de modo que, qualquer que seja o evento, saiba-se agir.

A segunda conseqüência é que a sociedade moderna desidentifica-se continuamente do passado: sua memória é continuamente exposta ao outro, ou seja, a uma realidade autoconstituída, a uma realidade que não requer justificação e não permite que se faça alguma coisa. A memória – função que continuamente reconstrói a unidade da diferença entre recordar e esquecer – torna possível a adaptação da sociedade à realidade que ela mes-

ma constrói. Através da recursividade das operações e da contínua adaptação à realidade, estabilizam-se estados do sistema da sociedade que vinculam à sua realidade. Trata-se daquilo que Von Förster chamava de *autovalores* ou *sinais de modos estáveis de comportamentos*. Na sociedade moderna, estes autovalores não são mais a humanidade, a razão ou o mundo. Os autovalores que se produzem têm a forma da contingência, ou seja, uma forma modal da substituíbilidade daquilo que pode ser outro, daquilo que poderia ser outro, daquilo que podia ter sido diferente de como é ou foi.

A terceira conseqüência deriva do fato de que, a estas condições, a sociedade traz informações de si mesma e se constringe a orientar-se entre *variação* e *redundância*, oscilando entre a produção daquilo que é outro e a utilização daquilo que foi. Se considerarmos que tudo o que acontece, acontece no presente, podemos ver que, nesta sociedade, não podem existir centros de controle, autoridades que ofereçam últimas palavras, seguranças na construção da realidade, que forneçam certezas para o futuro. Os vínculos que a sociedade precisa para construir o futuro podem assumir unicamente o caráter modal da contingência. Podia ser diverso de como é. Poderia ser diverso de como é.

Compreende-se, então, porque a sociedade moderna representou-se através da semântica do movimento, da semântica da ação, da semântica de uma racionalidade que orienta e dá garantia com base na correlação racional entre meios e fins. Ora, esta semântica exauriu seu potencial descritivo, porque a sociedade emancipou-se dos autovalores estáveis a que se recorreu no passado. Emancipou-se da razão e do paradoxo de sua racionalidade.

Nestas condições, a sociedade não tolera verticalidade ou hierarquia, não tolera idéias normativas ou limites externos. O limite da sociedade é o mundo e o mundo é o horizonte das possibilidades. Horizonte dentro do qual aquilo que é possível pode sempre ser atualizado. O mundo expande-se com a expansão da sociedade, ou seja, com a expansão da comunicação social. Porque esta sociedade é a única que existe, podemos chamá-la de *sociedade mundial*. *Sociedade mundial*, escreveu Luhmann, *é o produzir-se do mundo nas comunicações*.

A constituição paradoxal dessa sociedade requer um contínuo incremento da seletividade das operações que constituem sua estrutura. Isso leva à emergência de ordens redutivas que tornam possível a experiência concreta. Chamamos essas ordens redutivas de sistemas sociais. Eles emergem em razão da diferenciação social que privilegia evolutivamente as ordens que dispõem de estruturas cognitivas, de estruturas capazes de organizar cognitivamente a experiência possível.

No passado, as ordens redutivas tinham privilegiado estruturas normativas. Ora, aquelas estruturas tornaram-se obsoletas e constituíram em resistências à diferenciação, ou seja, às possibilidades de multiplicação da sociedade na sociedade. Estas ordens tornaram possível o cálculo do futuro com

base na exclusão, enquanto a sociedade moderna operava por meio da inclusão universal. Ela não tolera bloqueios ao acesso à comunicação social. É verdade que produz certos bloqueios ao acesso, mas os produz por causa da inclusão universal. Não existem mais diferenças de estamentos na sociedade moderna, não existe mais nobreza, mas existem as *favelas* e o Sul do mundo. Eles, todavia, são correlatos da inclusão, são correlatos da amplificação das diferenças que a estrutura da comunicação social acha *racional* utilizar.

Ordens redutivas cognitivamente orientadas são a ciência, a economia, mas também o direito que através de sua positivação reorganizou cognitivamente sua estrutura. Estas ordens são dotadas de alto potencial adaptativo e, portanto, evolutivo. Também a política reestruturou-se cognitivamente orientando-se à opinião pública e à realidade produzida pelos meios da comunicação de massas e dispondo-se à continua revisão de seus programas.

A sociedade moderna e as ordens redutivas que se diferenciam em seu interior são máquinas complexas porque são capazes de aprender a partir de si, são sempre adaptadas em relação à realidade que produzem e são racionais, não no sentido que orientam suas operações conforme premissas de sentido provenientes do exterior, de modelos ou formas últimas, mas porque produzem, em seu interior, a unidade da diferença entre interno e externo, entre referência a si mesmo e referência ao exterior. Eles constroem, em seu interior, aquilo que tratam como seu ambiente.

Assim, se os autovalores que se produzem na sociedade moderna assumem a forma da contingência, se a continuidade na orientação da seletividade das estruturas das ordens cognitivas é dada pela contingência, como é possível construir vínculos com o futuro? Quais características podem ter estes vínculos do tempo? A questão é particularmente relevante se considerarmos que a modernidade da sociedade moderna representa-se, antes de qualquer outra coisa, na dimensão temporal. Nesta dimensão, de fato, a seletividade das estruturas de operações manifesta sua contingência. Quanto mais cresce a seletividade, mais cresce a complexidade: complexidade e contingência estão em relação de recíproco incremento. Segundo Luhmann, “seríamos tentados a ver a complexidade como medida para a contingência, para a informação, para a informação que ainda falta”.

Quando se diz que a sociedade moderna é sociedade complexa – ou mesmo que é a sociedade da informação –, não se quer dizer nada mais do que acabamos de afirmar, ou seja, não se quer indicar outras características da modernidade que esta correlação entre complexidade, contingência e informação. Mas, quando se diz que esta sociedade é sociedade do risco, se quer dizer a mesma coisa.

O risco condensa uma simbiose particular entre futuro e sociedade: ele permite construir estruturas nos processos de transformação dos sistemas, especificar as emergências de ordens nas estruturas dos sistemas. O risco é,

na realidade, uma construção da comunicação que descreve a possibilidade de arrepender-se, no futuro, em relação a uma escolha que produziu dano que se queria evitar. Dessa forma, risco está ligado ao sentido da comunicação e é relevante por este aspecto, não pelos vestígios que podem existir na consciência. O risco estabelece a necessidade de um cálculo do tempo segundo condições que nem a racionalidade, nem o cálculo da utilidade, nem a estatística podem fornecer indicações úteis. Nestas condições de não-saber, aquilo que realmente pode-se saber é que cada redução ou minimização do risco aumenta o próprio risco. Nesta circularidade, condensa-se também o fato de que renunciar ao risco significa renunciar à racionalidade. Significa renunciar ao controle das possibilidades de seleção que nascem do fato de que um sistema constrói, em seu interior, a unidade das distinções das referências que orientam suas operações.

Disto deriva a necessidade de decidir em condições em que se saiba que uma outra decisão poderia evitar o dano que devia verificar-se. Mas se isto devia acontecer, aconteceria no futuro. É por isso que a sociedade moderna representa o futuro como risco. Se o representa, o constrói. Essa é a simbiose que falávamos. Trata-se de uma simbiose que torna possível o tratamento racional da contingência, uma acomodação da contingência que mantém aberto o espaço da possibilidade de produção de eventos. A contingência permanece aberta tanto em relação aos eventos, que podem ou não ser selecionados e, para cada uma destas seleções, pode ou não gerar cadeias de conexão de eventos, quanto em relação ao dano, que pode ou não verificar-se.

A conexão entre risco e contingência é, portanto, também a conexão entre risco e complexidade. Uma é o outro lado do outro lado. Como a complexidade, também o risco é um princípio de formas que geram formas, de distinções que geram distinções, de vínculos que ligam e soltam ao mesmo tempo, de uma realidade destituída de conexões com qualquer realidade e que tem a função de produzir realidade, ou seja, conexões observáveis entre eventos.

Dessas considerações deveria restar claro que a alternativa do risco não é, certamente, a segurança. A idéia de segurança nega a contingência. Disso, estamos seguros. Aquela idéia, todavia, deriva sua segurança do exterior, de estabilidades artificiais como a natureza dos homens, a racionalidade das relações entre meios e fins, qualquer ontologia ou de observações relativas ao passado. Em relação ao futuro, entretanto, todo este material não pode dizer nada. Não podemos saber, segundo o título de um famoso livro, “quanto seja seguro, suficientemente seguro”. Aquilo que podemos saber da experiência é que o incremento das medidas de segurança produz o incremento do risco. Sem que se saiba qual risco. Uma afirmação que, em verdade, não requer nenhuma prova: basta observar o que surgiu nos últimos dois anos como consequência das políticas de segurança que foram ativadas em algumas áreas do globo terrestre ou, então, basta pensar nas consequências

que se conectam às medidas de segurança que foram ativadas pelo direito penal dos Estados nacionais.

O círculo do risco fecha-se e se apresenta a inevitabilidade – que pode ser evitada – de seu paradoxo, com a qual se pode fazer alguma coisa. De fato, se nos liberamos do fascínio ilusório e ameaçador proveniente da idéia de segurança e, como alternativa ao risco inerente às decisões do sistema, consideramos o perigo como possibilidade de verificação de um dano no futuro que uma outra decisão não poderia evitar, então, poderemos ver que, na sociedade moderna, se produz redução do perigo e incremento do risco. O saber que provinha da religião, da cosmologia e da verdade mágica é substituído, na sociedade moderna, pelo não-saber sobre o futuro e pela oportunidade de agir para evitar a inevitabilidade de ter que aceitar o futuro que vier e ter que se arrepender, no futuro, por não ter feito alguma coisa ou por ter feito algo determinado.

O risco, então, é uma característica estrutural da complexidade da sociedade moderna, de sua temporalização, da simbiose com o futuro, a paradoxalidade do presente, da ecologia do não-saber. O risco dos modernos não tem nada a ver com perigo dos antigos. O risco dos modernos expande o potencial para as decisões, duplica a possibilidade de escolha, racionaliza a incerteza (no sentido que permite ativar mecanismos de sua absorção), bifurca os caminhos do agir possível e duplica suas bifurcações. As alternativas multiplicam-se e, em relação ao futuro, esta multiplicação é racional.

Observa-se, assim, como esta característica estrutural da sociedade moderna retira os pressupostos da racionalidade clássica, torna-a impotente, desacredita suas certezas, despedaça sua ontologia, impõe aos sistemas sociais diferenciados pretensões de racionalidade que os constringe a uma contínua autotransformação.

Esta característica das operações decisórias dos sistemas sociais nos permite observar como aquelas condições da sociedade que são tratadas como contraditórias sejam, na realidade, paradoxos constitutivos da modernidade. Nesta sociedade, existe mais pobreza porque existe mais riqueza, mais não-saber porque existe mais saber, mais risco porque existe mais segurança, menos informação porque existe mais informação e, por fim, menos direito, porque existe mais direito. Podemos continuar com o paradoxo da democracia, da participação, com a realidade da opinião pública que é tanto menos informada quanto mais fagocita informação ou com o ambiente que, tanto mais é destruído, quanto mais são difundidas políticas ambientalistas ou, ainda, com os projetos de desenvolvimento que, quanto mais se tornam realidade política ou econômica, tanto mais aumentam as diferenças entre o chamado desenvolvimento e o chamado subdesenvolvimento.

Não se trata de uma racionalidade limitada, como podia pensar Simon. Trata-se, na verdade, da emergência de estruturas de ordem em relação às quais aquela velha racionalidade não consegue entender o paradoxo. Estamos

fora do tempo das formas que tinham validade universal, como diz, mais uma vez, Novalis em um de seus *Fragments*. Mas, isto também vale para o direito.

Também o direito é um vínculo do tempo, uma modalidade de controle do futuro do ponto de vista da diferença lícito/ilícito. O direito, todavia, não pode proibir o risco. Diante ao risco, o direito manifesta seus limites e deve recorrer a estratégias que reduzam o risco do tratamento jurídico do risco. Por sua vez, a política é sempre mais a destinatária de prevenções de minimizações do risco, de reduções do risco a níveis toleráveis. Mas as decisões da política assumem a forma jurídica. A política, agora, descarrega sobre o direito o risco de suas decisões. Porque as possibilidades de tratar o risco se tornam obsoletas não apenas se manifestam os riscos que se produzem em virtude do tratamento dos riscos que se pensa em dever evitar, se estabiliza uma legislação, uma modalidade de produção legislativa do direito que sobrecarrega e deforma a conceitualidade jurídica.

O direito, então, não consegue imunizar-se do risco do direito. Fragilizam-se figuras dogmáticas que se haviam estabilizado, desenvolvem-se novas figuras dogmáticas que impõem aos atores particulares do direito um controle do risco da situação ou que sancionam comportamentos lícitos se em virtude do exercício do direito produzem-se danos que se teria pretendido evitar. Surgem novos problemas de determinação causal de efeitos que se produzem à distância no tempo e implicam uma imprevisível quantidade de fatores causais concomitantes. Multiplicam-se tentativas de alcançar determinações causais aceitáveis por meio de contínuos deslocamentos e incalculáveis inversões do ônus da prova. Estendem-se as previsões de justiciabilidade de interesses não claramente definíveis e constelações de riscos não precisamente determináveis.

Alarga-se, por intermédio da jurisprudência, a capacidade de aprendizagem do sistema jurídico e, com isso, estende-se a tendência de repolitizar temas do risco que a política havia despejado sobre o direito. Mas a tendência que mais largamente se afirma é aquela de uma transferência do tratamento do risco, do direito à economia. O risco monetariza-se. E porque a economia pode tolerar limitadamente a externalização do risco efetuada por outros sistemas sociais, ativa formas de securitização do risco, as quais, por sua vez, incrementam atitudes de risco.

Esta circularidade nascida essencialmente do fato de que as situações de risco não se deixam configurar como situações problemáticas de tipo normativo, constrange o direito a práticas de aplicações pactuadas pelo direito, conferem ao juiz, de uma parte, ao sujeito de direito, de outra, um poder de contratação que estende continuamente as margens de tolerância do ilícito. O mesmo *processo* sobrecarrega-se de imprevisibilidade e obtém sempre menos controle do tempo de sua duração e mais incerteza sobre seu resultado. Desenvolve-se assim, uma atividade administrativo-regulatória que expõe a burocracia a um ininterrupto processo de aprendizagem que

turva as questões da responsabilidade e alarga a margem de erro. Multiplicam-se os interesses que se admitem mercedores de tutela e amplificam-se os conflitos e as colisões entre os interesses que podem ser tutelados. Política e direito predis põem-se a contínuos processos de aprendizagem para os quais falta o tempo de elaboração reflexiva. Com isso se afirma uma prática de pôr à prova, reciprocamente, as soluções, de uma recíproca irritação, de um recíproco observar e observar-se. Ambos os sistemas são expostos a um stress cognitivo em virtude do qual a normatividade das expectativas perde, crescentemente, o seu significado e função originais. Estende-se a produção jurisprudencial do direito, porém, sem que a jurisprudência possa produzir estabilidade conceitual. O que, em realidade, se verifica é uma contínua irritação jurisprudencial da política por meio da sensibilidade reativa da opinião pública.

O enfraquecimento da função normativa do direito, a temporalização cada vez mais marcada pela validade normativa, transforma as expectativas dirigidas ao direito. O direito fornece sempre menos garantias contra as desilusões, enquanto o acesso ao direito torna-se um acesso de risco. O problema mais grave que o sistema jurídico deve enfrentar é fornecido pela dificuldade do sistema jurídico de aceitar suas próprias condições de risco. Em outros termos, o direito não consegue controlar sua própria instabilidade temporal através do recurso à função tradicionalmente desenvolvida pela normatividade, isto é, através da validade: fornecer a certeza que será, de alguma forma, um direito. A certeza de que qualquer que seja o resultado do conflito, qualquer que seja a expectativa ou qualquer que seja a resistência ou desilusão, haverá um direito.

Diante dessa condição alteram-se as expectativas dirigidas ao direito. A política trata o direito como um lugar da sociedade no qual se experimenta com soluções que vêm postas à prova. O público substitui a velha certeza de que, de toda maneira, um direito existirá pela nova certeza de que, no futuro, poderá ter outro direito que fornece reconhecimento às possibilidades de agir atualmente excluídas. O direito mesmo reage à indeterminação de objetivos que lhe são estabelecidos pela política, por meio de uma acentuação de sua dimensão temporal. O sistema jurídico orienta-se sempre mais à casualidade e não, como inicialmente ocorria, à casuística; atua crescentemente de modo não sistemático, é cada vez mais sensível a um ambiente em vista do qual demonstra poder aprender a ser indiferente. Generaliza-se assim uma forma de ilegalidade fixada, aceita, uma difusa mediação de ilegalidade tolerável. É como se a violação do direito constituísse mais o resultado de um agir normalizado no direito, fosse mais um aspecto estrutural da operação dos sistemas sociais, do que não o resultado de uma negação do direito. Uma ilegalidade estrutural que não vem somente tolerada, mas é claramente estimulada.

Por outro lado, quando a mesma sociedade trata o futuro como um risco que depende de uma decisão, o direito desta sociedade vinculará a si mesmo seu próprio reconhecimento às possibilidades de controle do risco. Se

a economia pode utilizar novas escravidões sem que se produza desordem social, mas antes, com a expectativa de que este uso escravocrata da força de trabalho reduza de algum modo a forma e a periculosidade social dele derivadas, o direito então pode não ver. E se a destruição de parte da Amazônia pode tocar interesses convergentes, então também o direito pode não ver. E se os danos produzidos pelos comportamentos ilícitos são muito extensos e muito grandes, então a medida administrativa se adapta melhor do que aquela penal.

O direito, em outros termos, constrói hierarquias e prioridades de bens jurídicos, os quais não representam, absolutamente, qualidades ontológicas de coisas ou de situações ou de fatos, mas constituem o reflexo invertido da disponibilidade para tolerar a violação estrutural do direito. Em um sentido muito diverso daquele que, há cerca de um século, havia usado Kelsen, podemos dizer que o ilícito, a violação do direito é o pressuposto do funcionamento do direito. Constitutiva é a estrutura do processo, a qual age de modo seletivo seja em relação ao acesso ao direito, seja em relação ao resultado da intervenção do direito. Na Itália, quase a totalidade da assistência domiciliar aos idosos é desenvolvida por mão de obra clandestina proveniente de países do leste europeu. Uma lei pós-fascista regula o fluxo migratório de modo a deixar quase impossível o ingresso, na Itália, de pessoas advindas de países extracomunitários. Nenhum daqueles que há anos trabalham nessas condições de ilegalidade se dirigiria ao direito para fazer valer tal pretensão ou expectativa. Não creio que nunca tenha existido um processo contra um desses trabalhadores. Porém, qualquer percepção de hipotética perturbação da ordem pública leva-os à expulsão seletiva. Obviamente nenhum destes trabalhadores pode adoecer. Morrer sim, tal é possível e lícito.

O processo, então, é a estrutura seletiva da forma de controle da tolerância política e jurídica em direção à ilegalidade estrutural. Mas o processo é também o sistema social no qual se experimenta com a inclusão e com o vínculo de um futuro aberto; é o sistema social no qual as condições de risco do direito encarnam o risco da sociedade do risco. O processo é a estrutura de um sistema social que discrimina continuamente entre inclusão e exclusão. O processo temporaliza a condição de risco do futuro. Fornece o tempo de não acessar, o tempo de subtrair-se, o tempo de esquecer o direito. O processo assinala o confim, a unidade da diferença entre inclusão e exclusão. Um horizonte móvel que através do contínuo recordar e esquecer, ver e não ver, tem sob controle as expectativas de inclusão de uma parte e a intolerabilidade da exclusão da outra.

No fundo, os direitos humanos. Mais que direitos de proteção frente à ingerência do Estado, mais que direitos que se possui para ser tutelado pelo direito, mais que direitos de qualquer ser humano, compreendida a maioria dos homens que vivem na exclusão, mais que isso, os direitos humanos são direitos de assistência humanitária. Esses condensam a angústia, o medo e a ilusão daqueles que vivem na exclusão. E a humanidade? A humanidade se descobre verdadeiramente livre quando é violentada. Para o direito essa é somente um papel humorístico. Assim como para a política.

## THE RIGHT IN THE SOCIETY OF THE RISK

### ABSTRACT

The article establishes co-relationships among complexity, contingency and information in risk society.

### KEYWORDS

Risk society. Complexity. Contingency. Information.

## LE DROIT DANS LA SOCIÉTÉ DU RISQUE

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'établir des corrélations entre complexité, contingence et informations dans la société du risque.

### MOTS-CLÉS

Société de risque. Complexité. Contingence. Information.

# IL DIRITTO NELLA SOCIETÀ DEL RISCHIO

Raffaele De Giorgi

## SOMMARIO

Il testo studia la correlazione fra complessità, contingenza e informazione nella società del rischio.

## PAROLE CHIAVE

Società del rischio, complessità, contingenza, informazione.

Umanità è un ruolo umoristico. Così scriveva Novalis alla fine del '700 in un suo *Frammento*. Una espressione sorprendente in un periodo nel quale la poesia romantica già celebrava nella oscura interiorità dei singoli la grandiosa universalità del genere umano e la sublime esperienza del mondo. Anche il mondo in quel periodo iniziava una carriera di successo come concetto giuridico e politico. Appena un secolo più tardi, però, Nietzsche avrebbe detto che il mondo è nient'altro che una imprecazione cristiana. Un concetto di confine al quale indirizziamo ogni nostra necessaria ignoranza.

L'orizzonte che necessariamente si allontana quando ad esso ci accostiamo con il nostro sapere sul mondo. *Umanità e mondo, umorismo e paradosso*. Una distinzione che converge in un punto cieco e che rappresenta l'unità della differenza che la produce. E questa unità non è altro che la ragione. Eppure in quel secolo, il XIX, la ragione illuminista, quella ragione che aveva reso possibile costituzionalizzare il diritto, anche se aveva dovuto chiudersi in se stessa come ragione dei singoli, aveva registrato tuttavia i suoi successi e il suo riconoscimento nella organizzazione degli stati e nella regolazione giuridica delle azioni.

Era stata conferita dignità giuridica all'umanità degli uomini, i quali venivano trattati come cittadini degli stati; erano state negate le differenze nella qualità della natura delle persone rispetto al diritto e Kant poteva aspettarsi una società universale di cittadini del mondo. Feuerbach aveva reso assoluta l'idea dell'umanesimo dell'uomo e lo aveva protetto contro le minacce della religione e aveva così continuato l'opera dell'altro Feuerbach che aveva contribuito alla civilizzazione del diritto penale. Un'opera che più tardi avrebbe reso possibile la formalizzazione dell'illecito e la delimitazione dell'incertezza dell'intervento punitivo.

D'altra parte anche i primi codici razionalizzano l'esperienza giuridica, danno struttura alle aspettative dei singoli, rendono oggetto di aspettativa le stesse aspettative di accesso al diritto, di calcolo razionale delle azioni,

sia di quelle dei singoli che di quelle dello stato. Mentre i giuristi pensano che l'umanità nel suo progresso avrebbe garantito ai popoli una esistenza sicura e li avrebbe raccolti in una grande comunità del mondo. Nel diritto pubblico, ma anche in quello commerciale e in quello internazionale l'affermazione dell'idea di mondo espande e stabilizza le relazioni e sembra corrispondere alla universale espansione della ragione che aveva relegato nel passato la barbarie del diritto penale, e aveva identificato il progresso con il riconoscimento dell'umanità degli uomini.

L'umanità e la ragione da una parte, il diritto del mondo, le leggi del mondo dall'altra. Per un secolo, fino alle soglie del XX, questi concetti hanno permesso alla società di rappresentarsi e di descrivere la sua differenza. Di rappresentarsi la distanza che la separava dal passato e di immaginare come progresso la costruzione del suo futuro. Eppure, l'umorismo, un umorismo tragico come quello che avrebbero recitato i personaggi di Pirandello, e il paradosso erano soltanto velati, occultati.

E infatti, appena a metà del secolo l'umanità poteva essere rappresentata attraverso la perversa ridefinizione delle differenze tra le razze, mentre la ragione politica degli stati, che cominciavano a considerarsi nazionali si rivelava come ragione giustificatrice delle guerre, come ragione dello stato e quindi come violenza legittima. Mentre il diritto dei codici, che era nato come diritto dei privati, si rivelava sempre più come diritto di coloro che Kant aveva chiamato *signori di se stessi*, cioè come diritto di coloro che avevano interessi da tutelare e disponevano dei relativi mezzi di tutela. Una umanità, una qualità di cittadini che l'industrializzazione limitava ad una minoranza sempre più ristretta e che era costituita da coloro che opportunamente si chiamavano abbienti. Hegel poteva considerare lo stato come la realizzazione dell'idea etica e poteva attribuire così opportunamente alla ragione occidentale e al suo limite temporale, che era il diritto, la cittadinanza europea. Nel mondo, diceva Hegel, si deve comandare. Nella cattiva infinità si deve comandare. Per la politica degli stati questo significava che il mondo doveva essere civilizzato, che l'umanità inferiore, quella che viveva nell'esclusione della ragione, doveva essere colonizzata. Guerra di popoli e guerra di razze. Così gli stati nazionali, i sistemi giuridici costituzionalizzati, la cultura occidentale si affacciano al XX secolo.

Un secolo nel quale più volte si sperimentò con la distruzione dell'umanità, con il mondo diventato teatro della guerra. Hegel aveva detto: "non è altro che la rappresentazione della tragedia nell'eticità che l'assoluto eternamente recita con se stesso". Una rappresentazione nella quale l'umanità acquista il ruolo dell'umorismo tragico e il mondo, che non ha ruolo, diventa lo spazio senza tempo, il confine del non-sapere. Mentre la ragione si manifesta finalmente come il punto cieco, il paradosso della fondazione, la referenza priva di referenze. La ragione, quella che

secondo Kant sta al di fuori del tempo, quella dalla quale il tempo ha inizio, quella che come ragione dei singoli, degli stati, del mondo dà inizio al tempo, quella ragione non può dire di se stessa che è razionale. Il secolo scorso, ma anche quello che è appena cominciato, hanno vincolato il loro tempo storico al paradosso della ragione.

In quella ragione, il diritto moderno ha trovato la sua forza, il suo sostegno, la sua legittimazione. Era una ragione che utilizzava referenze esterne, di volta in volta diverse, che connetteva le loro discontinuità e le presentava come progresso, come emancipazione, come liberazione. Si trattava del volere divino, dell'ordine del mondo, della natura umana o della natura degli uomini e della natura delle cose. E così quelle referenze giustificavano il diritto dell'uguaglianza oppure il diritto della differenza; il diritto di fare la guerra così come il diritto di difendersi; il diritto che include e il diritto che esclude. Ma quella ragione non agiva solo come fondamento. Essa operava come parassita all'interno del diritto attraverso la variegata molteplicità delle figure dogmatiche, delle loro connessioni e delle loro elisioni. Essa poteva essere ragion di stato e ragione dei privati, ragione dell'interesse del singolo e ragione dell'interesse collettivo, ragione della tortura e ragione della mitezza della pena, ragione inquisitoria e ragione accusatoria. Il parassita è sempre stato in azione, ha sempre funzionato. Fino a richiedere un diritto al di sopra del diritto in nome dell'umanità. Un diritto umano, tanti diritti umani. I quali giustificano la pena di morte e la morte della pena, l'ordine del mondo e il mondo dell'ordine, la nascita nel nome del Signore e la morte nel nome del popolo, la guerra umanitaria e l'umanizzazione della guerra. L'umanità è il punto cieco delle distinzioni che devono essere sublimate. Un velo grottesco sotto il quale gli scrittori contemporanei di cose sociologiche e giuridiche "cercano perplessi dove non c'è niente".

Quella ragione ha condensato sicurezze, ha sviluppato un universo semantico di certezze, di identità, di stabilità. Ha motivato rappresentazioni del futuro come risultato di un progetto razionale che avrebbe realizzato condizioni migliori della società. Ma la società non realizza progetti, la società non persegue fini, la società non opera in base a principi. La società è come è. Così come il diritto della società non persegue fini e non si realizza, né si conclude con la realizzazione di un fine. Si chiami una tale referenza umanizzazione, giustizia, oppure ordine.

La semantica della ragione si è rappresentata come semantica della società moderna. Ma di fronte alla modernità della società moderna, di fronte alla de-identificazione di questa società con le società che l'hanno preceduta, quella semantica ha saputo solo dichiarare la modernità come un suo progetto fallito. Essa poteva fornire solo idee normative, e non potendo disvelare il paradosso della sua razionalità, non potendo rinunciare alla rappresentazione del futuro come dover essere, si protegge dal presen-

te dichiarando la società moderna come società del rischio, come società a rischio. Di fronte al rischio indica l'ulteriore ricorso alla ragione. La scelta razionale, la riduzione del danno, un diritto orientato alle conseguenze, le agenzie del rischio, una tecnologia riguardosa, una politica compassionevole, un ordine universale delle buone volontà, una banca morale, una scienza limitata dalla bontà dei fini. Sullo sfondo un altro orizzonte di certezze. La morale. Un altro paradosso, cioè, dato che la morale non può dire di se stessa se è morale o no, così come la morale del rischio non conosce i rischi della morale.

Ma che cosa ci si rappresenta come rischio nella società del rischio? Che cosa è a rischio in questa società? Il diritto, la politica, la società stessa? E cosa si contrappone al rischio? Qual è l'altra parte della distinzione di cui una parte è la società del rischio? Sicurezza? Stabilità? Compassione? Ordine? Oppure, ancora una volta: razionalità, critica, riflessione? E il rischio della società del rischio è una questione che interessa le operazioni della struttura della società oppure è una questione relativa al carattere delle descrizioni della semantica attraverso le quali la società si osserva?

Da quando la società moderna ha cominciato a considerarsi moderna i caratteri della modernità sono continuamente cambiati. E sono cambiate anche le semantiche che hanno rappresentato quei caratteri. Sul piano delle operazioni che si possono realizzare attraverso la struttura della società moderna, ciò che caratterizza la loro ricorsività è la capacità di autotrasformazione. La società moderna, in altri termini, è caratterizzata da ordini che si sostituiscono da sé e quindi dalla continua produzione di ciò che è altro. Questa società si rende instabile da sé e non può essere osservata attraverso la distinzione di ordine e disordine. Ordine e disordine non possono essere confrontati tra loro. Possiamo dire, allora, che già al livello delle sue operazioni la società moderna non tollera nessuna ontologia. Questa società dipende inesorabilmente da sé, è abbandonata a se stessa, senza alternative, aveva scritto una volta Luhmann.

L'osservazione di caratteri strutturali che fanno la differenza che è la modernità della società moderna, ci permette di considerare le conseguenze che da essi scaturiscono. La prima è questa: la dimensione temporale identifica questa società rispetto alle altre. Essa è moderna. La stessa dimensione, però, identifica questa società con se stessa. La continua autoinstabilizzazione, ciò che è continuamente altro, rende acuto il problema del presente, ma anche la questione del futuro. Il presente non può più occultare il suo paradosso costitutivo che lo rende un tempo che non ha tempo. Il presente acquista il carattere di un valore limite che marca la differenza tra futuro e passato. Allo stesso modo, il futuro, la dimensione temporale di ciò che può essere altro, pone continuamente il presente di fronte alla necessità di disporre di vincoli che delimitino la possibilità

dell'essere altro, che lo rendono oggetto di aspettativa in modo che, qualunque evento accada, si sappia come agire.

Altra conseguenza è questa: la società moderna si de-identifica continuamente dal passato, nel senso che la sua memoria è esposta continuamente a ciò che è altro, cioè ad una realtà autocostituita, ad una realtà che non richiede giustificazioni, ma neppure permette che si faccia qualcosa. La memoria, che è poi quella funzione che continuamente ricostruisce l'unità della differenza di ricordare e dimenticare, la memoria, dicevamo, rende possibile l'adattamento della società alla realtà che essa stessa si costruisce. Attraverso la ricorsività delle operazioni e il continuo adattamento alla realtà, si stabilizzano stati del sistema della società che vincolano alla sua realtà. Si tratta di ciò che von Foester chiamava *auto-valori*, oppure *segnî di modi stabili del comportamento*. Nella società moderna questi auto-valori non sono più l'umanità o la ragione o il mondo. Gli auto-valori che si producono hanno la forma della *contingenza*: cioè una forma modale della sostituibilità, di ciò che può essere altro, di ciò che potrebbe essere altro, di ciò che avrebbe potuto essere differente da come è o è stato.

La terza conseguenza deriva dal fatto che a queste condizioni la società trae informazioni da se stessa e si costringe ad orientarsi tra *variazione* e *ridondanza*. Oscillando, cioè, tra la produzione di ciò che è altro e l'utilizzazione di ciò che è stato. Se poi consideriamo il fatto che tutto ciò che accade, accade al presente, possiamo vedere che in questa società non possono esistere centri di controllo, autorità che diano garanzie ultime, che diano sicurezze nella costruzione della realtà, che forniscano certezze per il futuro. I vincoli di cui la società ha bisogno per la costruzione del futuro, possono assumere solo il carattere modale della contingenza. Poteva essere diversamente da come è. Potrebbe essere diversamente da come è.

Si comprende allora perché la società moderna ha rappresentato se stessa attraverso la semantica del movimento, la semantica dell'azione, la semantica di una razionalità che orienta e dà garanzia in base alla razionale correlazione di mezzi e scopi. Ora questa semantica ha esaurito il suo potenziale descrittivo perché la società si è emancipata dagli auto-valori stabili ai quali aveva fatto ricorso in passato. Si è emancipata dalla ragione e dal paradosso della sua razionalità.

A queste condizioni la società non tollera verticalità e neppure gerarchie, non tollera più idee normative e neppure limiti esterni. Il limite della società è il mondo e il mondo è l'orizzonte delle possibilità, l'orizzonte entro il quale ciò che è possibile può sempre essere attualizzato. E il mondo si espande con l'espandersi della società, cioè con l'espansione della comunicazione sociale. E poiché questa società è l'unica società che esista, possiamo chiamarla *società del mondo*. *Società del mondo*, ha scritto Luhmann, è il *prodursi del mondo nelle comunicazioni*.

La paradossale costituzione di questa società richiede un continuo incremento della selettività delle operazioni che costituiscono la sua struttura. Ciò porta all'emergenza di ordini riduttivi che rendono possibile l'esperienza concreta. Chiamiamo sistemi sociali questi ordini riduttivi. Essi emergono in virtù della differenziazione sociale la quale privilegia evolutivamente gli ordini che dispongono di strutture cognitive, di strutture, cioè, capaci di organizzare cognitivamente l'esperienza possibile.

In passato gli ordini riduttivi avevano privilegiato strutture normative. Ora quelle strutture si sono rese obsolete e costituiscono solo resistenze alla differenziazione, cioè alla possibilità di moltiplicazione della società nella società. Quegli ordini avevano reso possibile la calcolabilità del futuro in base all'esclusione. Mentre la società moderna opera in base alla universale inclusione. Essa non tollera blocchi all'accesso alla comunicazione sociale. Questa società produce, certo, blocchi all'accesso, ma li produce in virtù proprio dell'universale inclusione. Non ci sono più differenze di rango nella società moderna, non c'è più una nobiltà, ma ci sono le *favelas* e ci sono i Sud del mondo. Essi però sono correlato dell'inclusione, sono correlato della amplificazione delle differenze che la struttura della comunicazione sociale trova *razionale* utilizzare.

Ordini riduttivi cognitivamente orientati sono la scienza, l'economia, ma anche il diritto che attraverso la sua positivizzazione ha riorganizzato cognitivamente la sua struttura. Questi ordini sono forniti di un alto potenziale adattivo e quindi evolutivo. Anche la politica si è ristrutturata cognitivamente orientandosi all'opinione pubblica e alla realtà prodotta dai media della comunicazione di massa e disponendosi alla continua revisione dei suoi programmi.

La società moderna e gli ordini riduttivi che si differenziano al suo interno sono macchine complesse perché sono capaci di apprendere da se stessi, sono sempre adattati alla realtà che essi stessi producono e sono razionali non nel senso che orientano le loro operazioni a premesse di senso che provengano dall'esterno, a modelli o forme ultime. Essi sono razionali perché producono al loro interno l'unità della differenza tra interno ed esterno. Cioè l'unità della differenza tra referenza a se stessi e referenza all'esterno. Essi cioè costituiscono all'interno ciò che trattano come loro ambiente.

E allora: se gli auto-valori che si producono nella società moderna assumono la forma della contingenza, se la costanza nell'orientamento della selettività delle strutture degli ordini cognitivi è data dalla contingenza, come è possibile costruire vincoli per il futuro? Quale carattere potranno avere questi vincoli del tempo? La questione è particolarmente rilevante se si considera che la modernità della società moderna si rappresenta prima di tutto nella dimensione temporale. In questa dimensione, infatti, la selettività delle strutture di operazioni manifesta la sua contingenza. Quanto più cresce la selettività, però, tanto più cresce la complessità, e quindi complessità e

contingenza sono in un rapporto di reciproco incremento. “Si sarebbe tentati, scrive Luhmann, a vedere la complessità come misura per la contingenza, come misura per l’informazione, come misura per l’informazione che ancora manca”.

Quando si dice che la società moderna è società complessa, oppure che essa è la società dell’informazione, non si vuol dire altro che questo, non si vogliono indicare altri caratteri della modernità, che questa correlazione di complessità, contingenza e informazione. Ma quando si dice che questa società è società del rischio, si può voler dire solo la stessa cosa.

Il rischio condensa una particolare simbiosi di futuro e società: esso permette di costruire strutture nei processi di trasformazione dei sistemi, di specificare le emergenze di ordine nelle strutture dei sistemi. Il rischio è in realtà un costrutto della comunicazione che descrive la possibilità di pentirsi in futuro di una scelta nel caso in cui dovesse verificarsi il danno che si voleva evitare. Rischio, allora, ha a che fare con il senso della comunicazione ed è rilevante per questo suo aspetto, non per il sedimento che esso può avere nella coscienza. Il rischio rimanda alla necessità di un calcolo del tempo in condizioni nelle quali né la razionalità, né il calcolo dell’utilità, né la statistica possono fornire indicazioni utili. A queste condizioni del non-sapere, ciò che realmente si può sapere è che ogni riduzione o minimizzazione del rischio aumenta il rischio: in questa circolarità, però, si condensa anche il fatto che, rinunciare al rischio significa rinunciare alla razionalità. Rinunciare al controllo delle possibilità di selezione che scaturiscono dal fatto che un sistema costruisce al suo interno l’unità della distinzione delle referenze che orientano le sue operazioni.

Da ciò deriva la necessità di decidere in condizioni alle quali si sa che un’altra decisione avrebbe potuto evitare il danno che dovesse verificarsi. Ma se ciò dovesse accadere, accadrebbe in futuro. E’ per questo, allora, che la società moderna si rappresenta il futuro come rischio. Se lo rappresenta, cioè se lo costruisce. Da qui la simbiosi di cui parlavamo. Si tratta di una simbiosi che rende possibile un trattamento razionale della contingenza, un arrangiamento della contingenza che mantiene aperto lo spazio delle possibilità di produzione di eventi. La contingenza, infatti, resta aperta sia in relazione agli eventi, i quali possono essere o non essere selezionati. E per ciascuna possibilità possono o no generare catene di connessioni di eventi. Ma la contingenza resta aperta anche in relazione al danno, che può verificarsi o non verificarsi.

La connessione fra rischio e contingenza è quindi anche la connessione tra rischio e complessità. L’una è l’altra parte dell’altra parte. Come la complessità, anche il rischio è un principio di forme che generano forme. Di distinzioni che generano distinzioni. Di vincoli che legano e sciolgono allo

stesso tempo. Di una realtà priva di raccordo con qualsiasi realtà e che ha la funzione di produrre realtà, cioè raccordi osservabili tra eventi.

Da queste considerazioni dovrebbe risultare chiaro che l'alternativa al rischio non è certo sicurezza. L'idea di sicurezza nega la contingenza. Di questo siamo sicuri. Quell'idea, però, deriva la sua sicurezza dall'esterno, da stabilità artificiali, come la natura degli uomini, la razionalità del rapporto tra mezzi e fine, una qualsiasi ontologia, oppure da osservazioni relative al passato. In relazione al futuro, però, tutto questo materiale non ci può dire nulla. Noi non possiamo sapere "quanto sia sicuro abbastanza sicuro", secondo il titolo di un famoso libro. Ciò che possiamo sapere dall'esperienza è che l'incremento delle misure di sicurezza produce un incremento del rischio. Senza che si sappia quale rischio. Una affermazione che davvero non richiede alcuna prova: basti osservare che cosa è scaturito negli ultimi due anni come conseguenza delle politiche di sicurezza che sono state attivate in alcune aree del globo terrestre. Oppure basti pensare alle conseguenze che si connettono alle misure di sicurezza che vengono attivate dal diritto penale degli stati nazionali.

Il circolo del rischio si richiude e si presenta ancora una volta il suo paradosso di una inevitabilità che può essere aggirata, con la quale si può fare qualcosa. E infatti, se ci liberiamo dal fascino illusorio e minaccioso che promana dall'idea della sicurezza e, come alternativa al rischio, che è connesso ad una decisione del sistema, consideriamo il pericolo come possibilità del verificarsi di un danno futuro che un'altra decisione non avrebbe potuto evitare, allora potremo vedere come nella società moderna si produca una riduzione del pericolo e un incremento del rischio. Al sapere che promanava dalla religione o dalle cosmologie e dalle loro magiche verità, la società moderna sostituisce il non-sapere sul futuro e la opportunità di agire per sottrarsi alla inevitabilità di doverlo accettare comunque sia, di doversi pentire in futuro per non aver fatto qualcosa o per aver fatto qualcosa di determinato.

Il rischio, allora, è un carattere strutturale della complessità della società moderna, della sua temporalizzazione, della simbiosi con il futuro, della paradossalità del presente, della ecologia del non-sapere. Il rischio dei moderni non ha a che fare con il pericolo degli antichi. Il rischio dei moderni espande il potenziale per le decisioni, duplica la possibilità di scelta, razionalizza l'incertezza, nel senso che permette di attivare meccanismi del suo assorbimento, biforca i sentieri dell'agire possibile e duplica le loro biforcazioni. Le alternative si moltiplicano e, rispetto al futuro, proprio questo è razionale.

Si vede, allora, come questo carattere strutturale della società moderna scardina i presupposti della razionalità classica, rende impotente quella

razionalità, discredita le sue certezze, frantuma la sua ontologia, impone ai sistemi sociali differenziati pretese di razionalità che li costringono ad una continua autotrasformazione.

Questo carattere delle operazioni decisionali dei sistemi sociali ci permette di osservare come quelle condizioni della società che vengono trattate come contraddittorie siano in realtà paradossi costitutivi della modernità. In questa società c'è più povertà perché c'è più ricchezza, c'è più non-sapere perché c'è più sapere, c'è più rischio perché c'è più sicurezza, c'è meno informazione perché c'è più informazione, da ultimo c'è meno diritto perché c'è più diritto. Potremmo continuare con il paradosso della democrazia, della partecipazione, con la realtà dell'opinione pubblica che è tanto meno informata quanto più fagocita informazione. O con l'ambiente che è tanto più distrutto quanto più si diffondono le politiche ambientali o con i progetti di sviluppo che, quanto più diventano realtà politica o economica, tanto più accrescono la differenza tra il cosiddetto sviluppo e il cosiddetto sotto sviluppo.

Non si tratta di una razionalità limitata, come poteva pensare Simon. Si tratta piuttosto della emergenza di strutture d'ordine rispetto alle quali quella vecchia razionalità non riesce più a capire il paradosso. Siamo fuori del tempo delle forme che avevano validità universale, così dice ancora Novalis in un suo *Frammento*. Ma questo vale anche per il diritto.

Anche il diritto è un vincolo del tempo, una modalità di controllo del futuro dal punto di vista della differenza tra lecito e illecito. Il diritto, però, non può proibire il rischio. Di fronte al rischio il diritto manifesta i suoi limiti e deve ricorrere a strategie che riducano il rischio del trattamento giuridico del rischio. D'altra parte la politica è sempre più il destinatario di pretese di minimizzazione del rischio, di riduzione del rischio a livelli tollerabili. Ma le decisioni della politica assumono la forma giuridica. La politica allora scarica sul diritto il rischio delle sue decisioni. E poiché le possibilità di trattare il rischio diventano obsolete non appena si manifestano i rischi che si producono in virtù del trattamento dei rischi che si ritiene di dover evitare, si stabilizza una legislazione, una modalità di produzione legislativa del diritto che sovraccarica e deforma la concettualità giuridica.

Il diritto, allora, non riesce ad immunizzarsi dal rischio del diritto. Si indeboliscono figure dogmatiche che si sono stabilizzate, si sviluppano nuove figure dogmatiche che impongono ai singoli attori del diritto un controllo del rischio della situazione o che sanzionano comportamenti leciti se in virtù dell'esercizio del diritto si producono danni che si sarebbe voluto evitare. Sorgono nuovi problemi della determinazione causale di effetti che si producono a distanza di tempo e implicano una imprevedibile quantità di fattori causali concomitanti. Si moltiplicano tentativi di pervenire a determinazioni causali accettabili attraverso continue dislocazioni e

incalcolabili capovolgimenti dell'onere della prova. Si estendono le previsioni di giustiziabilità di interessi non chiaramente definibili e di costellazioni rischiose non precisamente determinabili.

Si allarga per via giurisprudenziale la capacità di apprendimento del sistema giuridico e quindi si estende la tendenza a ripoliticizzare temi rischiosi che la politica aveva scaricato sul diritto. Ma la tendenza che più largamente si afferma è quella di un trasferimento del trattamento del rischio, dal diritto all'economia. Il rischio viene monetarizzato. E poiché l'economia può tollerare limitatamente le esternalizzazioni del rischio effettuate da altri sistemi sociali, attiva forme di assicurazione del rischio. Le quali, a loro volta, incrementano l'attitudine al rischio.

Questa circolarità che scaturisce essenzialmente dal fatto che le situazioni di rischio non si lasciano raffigurare come situazioni problematiche di tipo normativo, costringe il diritto a pratiche di applicazione pattuita dal diritto, conferisce al giudice, da una parte, al soggetto del diritto, dall'altra, un potere di contrattazione che estende continuamente i margini di tolleranza dell'illecito. Lo stesso *processo* si sovraccarica di imprevedibilità e riesce sempre meno a controllare i tempi della sua durata e a rendere sempre più incerto il suo risultato. Si sviluppa così una attività amministrativo-ragolatoria che espone la burocrazia ad un ininterrotto processo di apprendimento che sfuma le questioni della responsabilità ed allarga i margini dell'errore. Si moltiplicano gli interessi che si ritengono meritevoli di tutela e si amplificano i conflitti e le collisioni tra gli interessi che possono essere tutelati. Politica e diritto si predispongono a continui processi di apprendimento per i quali manca il tempo della elaborazione riflessiva. Si afferma così una pratica del reciproco mettere alla prova le soluzioni, della reciproca irritazione, del reciproco osservare ed osservarsi. Entrambi i sistemi sono sottoposti ad uno *stress* cognitivo in virtù del quale la normatività delle aspettative perde sempre di più il suo originario significato e la sua funzione originaria. Si estende la produzione giurisprudenziale del diritto, senza, però, che la giurisprudenza possa produrre stabilità concettuali. Ciò che in realtà si verifica è piuttosto una continua irritazione giurisprudenziale della politica attraverso la sensibilità reattiva dell'opinione pubblica.

L'indebolimento della funzione normativa del diritto, la temporalizzazione sempre più marcata della validità normativa, trasforma le aspettative rivolte al diritto. Il diritto fornisce sempre meno garanzia contro le delusioni, mentre lo stesso accesso al diritto diventa un accesso rischioso. Il problema più grave che il sistema giuridico deve affrontare è dato dalla difficoltà del sistema giuridico di accettare la propria rischiosità. In altri termini il diritto non riesce a controllare la propria instabilità temporale attraverso il ricorso alla funzione tradizionalmente svolta dalla normatività, cioè dalla validità: fornire la certezza che comunque ci sarà un diritto. La certezza, cioè, che qualunque sia il risultato del conflitto, qualunque sia

l'aspettativa o qualunque sia la resistenza o la delusione, comunque ci sarà un diritto.

A questa condizione cambiano le aspettative rivolte al diritto. La politica tratta il diritto come un luogo della società nel quale si sperimenta con soluzioni che vengono soltanto messe alla prova. Il pubblico sostituisce alla vecchia certezza che un diritto ci sarà comunque, la nuova certezza che in futuro potrà esserci altro diritto che fornisce riconoscimento a possibilità dell'agire che attualmente sono escluse. Il diritto stesso reagisce alla indeterminatezza dei compiti che gli sono affidati dalla politica, attraverso una accentuazione della sua dimensione temporale. Il sistema giuridico si orienta sempre di più alla casualità che non, come prima accadeva, alla casistica, lavora sempre di più in modo non sistematico, è sempre di più sensibile ad un ambiente verso il quale aveva dimostrato di poter apprendere ad essere indifferente. Si generalizza così una forma di illegalità pattuita, concordata, una diffusa mediazione di illegalità tollerabili. E' come se la violazione del diritto costituisse più il risultato di un agire normalizzato nel diritto, fosse più un aspetto strutturale delle operazioni dei sistemi sociali, che non il risultato di una negazione del diritto. Una illegalità strutturale che non viene solo tollerata, ma che è chiaramente motivata.

D'altra parte, quando la stessa società tratta il futuro come un rischio che dipende da una decisione, il diritto di questa società vincolerà se stesso, il proprio riconoscimento, alle possibilità di controllo del rischio. Se l'economia può utilizzare nuove schiavitù senza che si produca disordine sociale, ma anzi, con l'aspettativa che quest'uso schiavistico della forza lavoro riduca in qualche modo la forma e la pericolosità sociale che ne deriva, allora il diritto può non vedere. E se la distruzione di parte dell'Amazzonia può toccare interessi convergenti, allora il diritto può non vedere. E se i danni prodotti da comportamenti illeciti sono troppo estesi o troppo grandi, allora la misura amministrativa si adatta meglio di quella penale.

Il diritto, in altri termini, costruisce gerarchie e priorità di beni giuridici i quali non rappresentano certo qualità ontologiche di cose o di situazioni o di fatti, ma costituiscono il riflesso capovolto della disponibilità a tollerare la violazione strutturale del diritto. In un senso molto diverso da quello che circa un secolo fa aveva usato Kelsen, possiamo dire che l'illecito, la violazione del diritto è il presupposto reale del funzionamento del diritto. Costitutiva è la struttura del processo, la quale agisce in modo selettivo sia in relazione all'accesso al diritto, che in relazione al risultato dell'intervento del diritto. In Italia circa la totalità dell'assistenza domiciliare agli anziani è svolta da manodopera clandestina proveniente dai paesi dell'est Europa. Una legge post-fascista regola i flussi migratori in modo da rendere quasi impossibile l'ingresso in Italia da paesi

extracomunitari. Nessuno di coloro che da anni ormai lavorano in queste condizioni di illegalità si rivolgerebbe al diritto per far valere una qualche pretesa o aspettativa. Non credo che ci sia mai stato un processo a carico di uno di questi lavoratori. E però qualsiasi percezione di ipotetico turbamento dell'ordine pubblico porta alla loro espulsione selettiva. Ovviamente nessuno di questi lavoratori può mai essere malato. Morire sì, questo è possibile e lecito.

Il processo, allora, è la struttura selettiva delle forme di controllo della tolleranza politica e giuridica verso la illegalità strutturale. Ma il processo è anche il sistema sociale nel quale si sperimenta con la inclusione e con il vincolo di un futuro aperto; è il sistema sociale nel quale la rischiosità del diritto incarna il rischio della società del rischio. Il processo è la struttura di un sistema sociale che discrimina continuamente tra inclusione ed esclusione. Il processo temporalizza la rischiosità del futuro. Dà il tempo di non accedere, il tempo di sottrarsi, il tempo di dimenticare il diritto. Il processo segna il confine, l'unità della differenza di inclusione ed esclusione. Un orizzonte mobile che attraverso il continuo ricordare e dimenticare, vedere e non vedere tiene sotto controllo le aspettative di inclusione da una parte e l'intollerabilità dell'esclusione dall'altra.

Sullo sfondo i diritti umani. Più che diritti di protezione dall'ingerenza dello stato, più che diritti che si hanno per essere tutelati dal diritto, più che diritti di ciascun essere umano, compresa la maggioranza degli uomini che vive nell'esclusione, più che questo, i diritti umani sono diritti di assistenza umanitaria. Essi condensano l'angoscia, la paura e l'illusione di coloro che vivono nell'esclusione. E l'umanità? L'umanità si scopre veramente libera quando è violentata. Per il diritto essa è solo un ruolo umoristico. Come per la politica.

## THE RIGHT IN THE SOCIETY OF THE RISK

### ABSTRACT

The article establishes co-relationships among complexity, contingency and information in risk society.

### KEYWORDS

Risk society. Complexity. Contingency. Information.

## LE DROIT DANS LA SOCIÉTÉ DU RISQUE

### RÉSUMÉ

L'article établit les relations entre complexité, contingence et information dans la société de risque.

### MOTS-CLÉS

Société de risque. Complexité. Contingence. Information.

# 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](http://www.planalto.gov.br)) ou do Senado Federal ([www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)).

## EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47, DE 5 DE JULHO DE 2005

Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências.

**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 Os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 37. ....  
.....

§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei.

§ 12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores.” (NR)

“Art. 40. ....  
.....

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

.....

§ 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.” (NR)

“Art. 195. ....

.....

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-deobra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

.....” (NR)

“Art. 201. ....

.....

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

.....

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.

§ 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.” (NR)

Art. 2º Aplica-se aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda.

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preen-

cha, cumulativamente, as seguintes condições:

I trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

Art. 4º Enquanto não editada a lei a que se refere o § 11 do art. 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

Art. 5º Revoga-se o parágrafo único do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

Art. 6º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

## EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 46, DE 5 DE MAIO DE 2005

Altera o inciso IV do art. 20 da Constituição Federal.

**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 inciso IV do art. 20 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 20. ....  
.....”

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;

.....”(NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

# EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL

## Observações:

1. A legislação aqui apresentada contém apenas as Leis Complementares, as Leis Ordinárias, as Leis Delegadas e as Medidas Provisórias, e está disposta em ordem decrescente de data.
2. As datas referem-se ao dia de publicação no Diário Oficial da União.
3. Ementário completo pode ser obtido no *site* oficial da Presidência da República ([www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)) ou do Senado Federal ([www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)).

## 29 de junho de 2005- Edição extra

Medida Provisória nº 254, de 29.6.2005 - Revoga a Medida Provisória nº 249, de 4 de maio de 2005, que dispõe sobre a instituição de concurso de prognóstico destinado ao desenvolvimento da prática desportiva, a participação de entidades desportivas da modalidade futebol nesse concurso, o parcelamento de débitos tributários e para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

## 29 de junho de 2005

Lei nº 11.128, de 28.6.2005 - Dispõe sobre o Programa Universidade para Todos – PROUNI e altera o inciso I do art. 2º da Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. (Mensagem de veto.)

Lei nº 11.127, de 28.6.2005 - Altera os arts. 54, 57, 59, 60 e 2.031 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, e o art. 192 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e dá outras providências.

## 28 de junho de 2005

Lei nº 11.126, de 27.6.2005 - Dispõe sobre o direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia. (Mensagem de veto.)

## 23 de junho de 2005

Medida Provisória nº 253, de 22.6.2005 - Prorroga o prazo previsto no art. 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

## **21 de junho de 2005**

Lei nº 11.125, de 20.6.2005 - Cria no âmbito do Ministério da Cultura o Prêmio de Artes Plásticas Marcantônio Vilaça e dá outras providências.

## **17 de junho de 2005**

Lei nº 11.124, de 16.6.2005 - Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Mensagem de veto

## **16 de junho de 2005**

Medida Provisória nº 252, de 15.6.2005 - Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital, dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica e dá outras providências.

## **15 de junho de 2005**

Medida Provisória nº 251, de 14.6.2005 - Institui o Projeto Escola de Fábrica, autoriza a concessão de bolsas de permanência a estudantes beneficiários do Programa Universidade para Todos - PROUNI, institui o Programa de Educação Tutorial - PET, altera a Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968, e a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, e dá outras providências.

## **8 de junho de 2005**

Lei nº 11.123, de 7.7.2005 - Cria, na Carreira da Seguridade Social e do Trabalho, para lotação no Ministério da Saúde, os cargos que menciona; institui a Gratificação de Incentivo à Prestação de Assistência Integral à Saúde - GIPAS; altera o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993; revoga o art. 17 da Lei nº 10.483, de 3 de julho de 2002, e dá outras providências. Mensagem de veto

## **1º de junho de 2005**

Lei nº 11.122, de 31.5.2005 - Altera a Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação, de modo a incluir, na Relação Descritiva das Rodovias do Sistema Rodoviário Nacional, o trecho que liga o Porto de Vitória (Cais de Capuaba) à BR-262, no Estado do Espírito Santo.

Consulta Pública - Estabelece diretrizes para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas, cria a Rede Nacional para a

Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - REDESIM, e da outras providências.

### 27 de maio de 2005

Lei nº 11.121, de 25.5.2005 - Institui o Dia Nacional em Memória das Vítimas de Acidentes e Doenças do Trabalho.

Lei nº 11.120, de 25.5.2005 - Inscreve o nome do Almirante Barroso no Livro dos Heróis da Pátria.

Lei nº 11.119, de 25.5.2005 - Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências.

### 20 de maio de 2005

Lei nº 11.118, de 19.5.2005 - Acrescenta parágrafos ao art. 10 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, e prorroga os prazos previstos nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. (Mensagem de veto.)

Medida Provisória nº 250, de 19.5.2005 - 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 maio de 2005

Lei nº 11.117, de 18.5.2005 - Declara o arquiteto Oscar Niemeyer Patrono da Arquitetura Brasileira.

Lei nº 11.116, de 18.5.2005 - Dispõe sobre o Registro Especial, na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, de produtor ou importador de biodiesel e sobre a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins sobre as receitas decorrentes da venda desse produto; altera as Leis nºs 10.451, de 10 de maio de 2002, e 11.097, de 13 de janeiro de 2005; e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei nº 11.115, de 18.5.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor de R\$ 2.890.000.000,00, para os fins que especifica.

### 17 de maio de 2005

Lei nº 11.114, de 16.5.2005 - Altera os arts. 6º, 30, 32 e 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, com o objetivo de tornar obrigatório o início do ensino fundamental aos seis anos de idade. (Mensagem de veto.)

## 16 de maio de 2005

Lei nº 11.113, de 13.5.2005 - Dá nova redação ao caput e ao § 3º do art. 304 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. (Mensagem de veto.)

Lei nº 11.112, de 13.5.2005 - Altera o art. 1.121 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para incluir, como requisito indispensável à petição da separação consensual, o acordo entre os cônjuges relativo ao regime de visitas dos filhos menores. (Mensagem de veto.)

## 12 de maio de 2005

Mensagem de Veto Total nº 266, de 11.5.2005 - Projeto de Lei nº 18, de 2005 (nº 4.713/04 na Câmara dos Deputados), que “Altera a remuneração dos servidores públicos integrantes do Quadro de Pessoal do Tribunal de Contas da União”.

Mensagem de Veto Total nº 265, de 11.5.2005 - Projeto de Lei nº 1, de 2005 (nº 4.712/04 na Câmara dos Deputados), que “Altera a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal da Câmara dos Deputados”.

Mensagem de Veto Total nº 264, de 11.5.2005 - Projeto de Lei nº 4.845, de 2005 (nº 371/04 no Senado Federal), que “Altera a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal do Senado Federal”.

## 6 de maio de 2005

Lei nº 11.111, de 5.5.2005 - Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências.

Emenda Constitucional nº 46, de 5.5.2005 - Altera o inciso IV do art. 20 da Constituição Federal.

## 5 de maio de 2005

Medida Provisória nº 249, de 4.5.2005 - Dispõe sobre a instituição de concurso de prognóstico destinado ao desenvolvimento da prática desportiva, a participação de entidades desportivas da modalidade futebol nesse concurso, o parcelamento de débitos tributários e para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e dá outras providências.

## 26 de abril de 2005

Lei nº 11.110, de 25.4.2005 - Institui o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado - PNMPO e altera dispositivos da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, que dispõe

sobre a extinção e dissolução de entidades da administração pública federal; da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF; da Lei nº 9.872, de 23 de novembro de 1999, que cria o Fundo de Aval para a Geração de Emprego e Renda – FUNPROGER; da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, que dispõe sobre a instituição de Sociedades de Crédito ao Microempreendedor; e da Lei nº 10.735, de 11 de setembro de 2003, que dispõe sobre o direcionamento de depósitos a vista captados pelas instituições financeiras para operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores; e dá outras providências.

## **22 de abril de 2005**

Lei nº 11.109, de 20.4.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Saúde, da Defesa e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, no valor global de R\$ 569.100.000,00, para os fins que especifica e dá outras providências.

Medida Provisória nº 248, de 20.4.2005 - Dispõe sobre o valor do salário mínimo a partir de 1º de maio de 2005, e dá outras providências.

## **18 de abril de 2005**

Medida Provisória nº 247, de 15.4.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Ciência e Tecnologia, de Minas e Energia, dos Transportes, da Cultura, do Meio Ambiente e da Defesa, no valor global de R\$ 586.011.700,00, para os fins que especifica.

## **8 de abril de 2005**

Lei nº 11.108, de 7.4.2005 - Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Mensagem de veto

## **7 de abril de 2005**

Lei nº 11.107, de 6.4.2005 - Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. (Mensagem de veto.)

Medida Provisória nº 246, de 6.4.2005 - Dispõe sobre a reestruturação do setor ferroviário e o término do processo de liquidação da Rede Ferroviária Federal S.A., altera dispositivos das Leis nºs 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 245, de 6.4.2005 - Abre, em favor da Presidência da República, dos

Ministérios dos Transportes, da Cultura e do Planejamento, Orçamento e Gestão e de Encargos Financeiros da União, crédito extraordinário no valor global de R\$ 393.323.000,00, para os fins que especifica.

### **5 de abril de 2005**

Medida Provisória nº 244, de 4.4.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Defesa, no valor de R\$ 20.327.000,00, para os fins que especifica.

### **31 de março de 2005 - Edição extra**

Medida Provisória nº 243, de 31.3.2005 - Altera a legislação tributária federal e dá outras providências.

### **29 de março de 2005**

Lei nº 11.106, de 28.3.2005 - Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências.

### **28 de março de 2005**

Lei nº 11.105, de 24.3.2005 - Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Mensagem de veto

Medida Provisória nº 242 de 24.3.2005 - Altera dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

### **22 de março de 2005**

Lei nº 11.104, de 21.3.2005 - Dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de brinquedotecas nas unidades de saúde que ofereçam atendimento pediátrico em regime de internação.

### **21 de março de 2005**

Lei nº 11.103, de 18.3.2005 - Denomina “Rodovia Milton Santos” a BR-242, que atravessa a Chapada Diamantina e o oeste baiano.

## 9 de março de 2005

Lei nº 11.102, de 8.3.2005 - Autoriza a Caixa Econômica Federal, em caráter excepcional e por tempo determinado, a arrecadar e alienar os diamantes brutos em poder dos indígenas Cintas-Largas habitantes das Terras Indígenas Roosevelt, Parque Indígena Aripuanã, Serra Morena e Aripuanã.

## 4 de março de 2005

Medida Provisória nº 241, de 3.3.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Defesa e de Encargos Financeiros da União, no valor global de R\$ 299.594.749,00, para os fins que especifica.

## 3 de março de 2005

Consulta Pública - Disciplina a atuação dos bancos de dados de proteção ao crédito e de relações comerciais, bem como sua relação com os cadastrados, fontes de informações e consultentes.

## 2 de março de 2005

Medida Provisória nº 240, de 1º.3.2005 - Dispõe sobre a aplicação dos arts. 5º, 6º, 7º e 8º da Medida Provisória nº 232, de 30 de dezembro de 2004.

## 21 de fevereiro de 2005

Medida Provisória nº 239, de 18.2.2005 - Acrescenta artigo à Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

## 10 de fevereiro de 2005 - Edição extra

Lei nº 11.101, de 9.2.2005 - Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Mensagem de veto

Lei Complementar nº 118, de 9.2.2005 - Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei.

## 2 de fevereiro de 2005

Medida Provisória nº 238, de 1º.2.2005 - Institui, no âmbito da Secretaria-Geral da Presidência da República, o Programa Nacional de Inclusão de Jovens - Projovem, cria o Conselho Nacional de Juventude - CNJ e cargos em comissão, e dá outras providências.

## 28 de janeiro de 2005 - Edição extra

Medida Provisória nº 237, de 27.1.2005 - Autoriza a União a prestar auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País, e dá outras providências.

## 27 de janeiro de 2005 - Edição extra

Medida Provisória nº 236, de 27.1.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor de R\$ 2.890.000.000,00, para os fins que especifica.

## 26 de janeiro de 2005

Lei nº 11.100, de 25.1.2005 - Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2005. Mensagem de veto

## 17 de janeiro de 2005

Lei nº 11.099, de 14.1.2005 - Altera os Programas Energia Cidadã e Energia na Região Nordeste e inclui o Programa Corredor Atlântico-Pacífico no Plano Plurianual para o período 2004-2007. Mensagem de veto

## 14 de janeiro de 2005

Lei nº 11.098, de 13.1.2005 - Atribui ao Ministério da Previdência Social competências relativas à arrecadação, fiscalização, lançamento e normatização de receitas previdenciárias, autoriza a criação da Secretaria da Receita Previdenciária no âmbito do referido Ministério; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.480, de 2 de julho de 2002, 10.683, de 28 de maio de 2003; e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei nº 11.097, de 13.1.2005 - Dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.847, de 26 de outubro de 1999 e 10.636, de 30 de dezembro de 2002; e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei nº 11.096, de 13.1.2005 - Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei nº 11.095, de 13.1.2005 - Altera dispositivos das Leis nºs 9.266, de 15 de março de 1996, que reorganiza as classes da Carreira Policial Federal e fixa a remuneração dos cargos que as integram; 9.654, de 2 de junho de 1998, que cria a Carreira de Policial Rodoviário Federal; 10.874, de 1º de junho de 2004 e 9.264, de 7 de fevereiro de 1996; institui a Gratificação Específica de Apoio Técnico-Administrativo à Atividade Policial Federal -

GEAPF, o Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, a Gratificação Específica de Apoio Técnico-Administrativo à Atividade Policial Rodoviária Federal - GEAPRF e a Gratificação de Incremento à Atividade de Administração do Patrimônio da União - GIAPU e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei nº 11.094, de 13.1.2005 - Altera dispositivos 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; da Lei nº 8.691, de 28 de julho de 1993, que dispõe sobre o Plano de Carreiras para a área de Ciência e Tecnologia da Administração Federal Direta, das Autarquias e das Fundações Federais; da 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; da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre o Plano de Carreira dos servidores do Banco Central do Brasil; da Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, que dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Agência Nacional de Águas – ANA; e da Lei nº 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; e dá outras providências. Mensagem de veto

Medida Provisória nº 235, de 13.1.2005 - Dispõe sobre o Programa Universidade para Todos - PROUNI.

### 13 de janeiro de 2005

Lei nº 11.093, de 12.1.2005 - Abre crédito extraordinário aos Orçamentos Fiscal e de Investimento da União, para os fins que especifica. Mensagem de veto

Lei nº 11.092, de 12.1.2005 - Estabelece normas para o plantio e comercialização da produção de soja geneticamente modificada da safra de 2005, altera a Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

Lei nº 11.091, de 12.1.2005 - Dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, no âmbito das Instituições Federais de Ensino vinculadas ao Ministério da Educação, e dá outras providências.

### 11 de janeiro de 2005

Medida Provisória nº 234, de 10.1.2005 - Dá nova redação ao *caput* do art. 2.031 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

### 10 de janeiro de 2005

Lei nº 11.090, de 7.1.2005 - Dispõe sobre a criação do Plano de Carreira dos Cargos de Reforma e Desenvolvimento Agrário do Instituto Nacional de Colonização e Reforma

Agrária – INCRA e a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária – GDARA; altera as Leis n<sup>os</sup> 10.550, de 13 de novembro de 2002, e 10.484, de 3 de julho de 2002; reestrutura os cargos efetivos de Agente de Inspeção Sanitária e Industrial de Produtos de Origem Animal e de Agente de Atividades Agropecuárias do Quadro de Pessoal do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e reajusta as parcelas remuneratórias que lhe são devidas; institui a Gratificação Específica de Publicação e Divulgação da Imprensa Nacional – GEPDIN; e dá outras providências.

#### **5 de janeiro de 2005**

Lei n<sup>o</sup> 11.089, de 4.1.2005 - Denomina “Governador Ivan Bichara” o viaduto Oitizeiro, localizado na BR-230, no Município de João Pessoa, no Estado da Paraíba.

Lei n<sup>o</sup> 11.088, de 4.1.2005 - Denomina “Geralda Freire Medeiros” a ponte sobre o rio Espinharas, que interliga a BR-230 e a BR-361, no Município de Patos, Estado da Paraíba.

Lei n<sup>o</sup> 11.087, de 4.1.2005 - Altera dispositivos da Lei n<sup>o</sup> 9.678, de 3 de julho de 1998, que institui a Gratificação de Estímulo à Docência no Magistério Superior, e da Lei n<sup>o</sup> 10.910, de 15 de julho de 2004, e dá outras providências.

#### **4 de janeiro de 2005**

Prorrogação - Consulta Pública: Regulamenta a Lei n.º 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS.

# 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; RESUMÉ 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)

la) 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: CANOTILHO, op. cit., p. 65.
  - d) loco citato – no lugar citado – loc. cit. Ex: CANOTILHO, 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 GoudyOlSt BT, corpo 11.  
O miolo foi impresso em papel AP 75 g/m<sup>2</sup> e a capa em cartão supremo 250 g/m<sup>2</sup>.  
Impresso pela Gráfica LCR.



e-mail: [graficalcr@px.com.br](mailto:graficalcr@px.com.br)  
[www.graficalcr.com.br](http://www.graficalcr.com.br)  
(85) 3272.7844