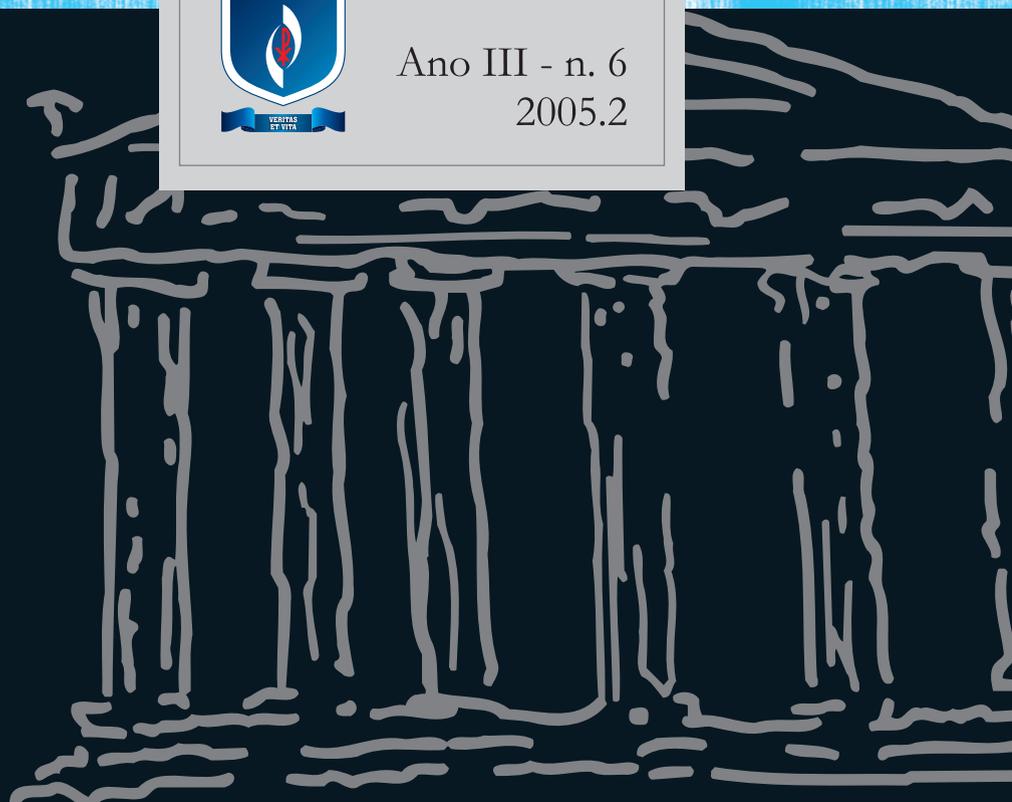


ISSN 1806-0420

REVISTA  
OPINIÃO  
JURÍDICA



Ano III - n. 6  
2005.2



# Revista Opinião Jurídica



Ficha Catalográfica

**Opinião Jurídica** – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus  
- n. 06, ano 03, 2005.2

© Faculdade Christus, 2005

---

Opinião Jurídica  
- [n. 6] –  
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.06, ano 03, 2005.2

### **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)

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

### **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

### **Impressão**

Gráfica e Editora LCR Ltda.

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

Fortaleza – Ceará

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

e-mail: graficalcr@px.com.br

### **Capa**

Ivina Lima Verde

### **Tiragem mínima**

1.000 exemplares

# APRESENTAÇÃO

Prezado(a) leitor(a):

O sexto número da Revista Opinião Jurídica foi elaborado com efusivo espírito de comemoração. No mês de novembro de 2005 fomos brindados com o reconhecimento do Curso de Direito da Faculdade Christus, que obteve conceito máximo (CMB) na avaliação do MEC nas três áreas: corpo docente, projeto pedagógico e instalações físicas.

Aliás, os últimos dois anos têm sido de magnífico sucesso acadêmico pela Faculdade Christus: todos os seus cursos que se submeteram à avaliação do MEC foram reconhecidos com tríplice CMB, e o Curso de Medicina, autorizado no final de 2005, traz uma excelente proposta pedagógica, a qual foi exaltada pelos integrantes da Comissão de avaliação respectiva.

Em meio a todo este sucesso, conquistamos uma importante parceria com a editora Malheiros (de São Paulo), no sentido de publicarmos uma obra em homenagem a um dos maiores constitucionalistas da atualidade, o Prof. J. J. Gomes Canotilho, de Portugal. A obra, que está no prelo, na etapa de impressão, conta com a colaboração dos autores desta casa acadêmica e de grandes doutrinadores do Direito Constitucional, entre brasileiros e estrangeiros, dentre os quais destacamos Paulo Bonavides, Friedrich Müller, José Afonso da Silva, Willis Santiago Guerra Filho, Lênio Streck, Flávia Piovesan, Ingo Sarlet, Fábio Konder Comparato, Clémerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso.

Uma parcela de todo este sucesso se deveu à qualidade da publicação que você, leitor, ora tem em mãos, e do trabalho exaustivo da Profa. Fayga Bedê, conquista insuperável da Coordenação deste Curso de Direito, na área de pesquisa. É evidente a qualidade do material apresentado, característica marcante dos artigos publicados nesta revista, vez que se trata de nossa proposta de trabalho primar pela excelência acadêmica.

Na nossa Comissão Editorial, da qual mais recentemente fazem parte os Professores Doutores Francisco Meton Marques de Lima (UFPI), João Maurício Adeodato (UFPE) e Etienne Picard (Universidade Paris I – Sorbonne), tomou assento o Prof. Dr. Friedrich Müller (Universidade de Heidelberg), que nos brinda com um artigo de sua lavra.

Não podemos deixar de agradecer a todos os autores que participam deste número, notadamente os Professores Luís Roberto Barroso, Heleno

Taveira Tôres, Hugo de Brito Machado e Gladston Mamede. O nosso agradecimento também é dirigido aos autores estrangeiros Michel Verpeaux, Alejandro Altamirano e Eric Millard, que fará o lançamento da Revista em Fortaleza, ao mesmo tempo em que formalizará solenemente o convênio internacional que a Faculdade Christus firmou com a Universidade Paris XI.

Nossos agradecimentos vão, também e destacadamente, para os professores colaboradores que dignificam a Faculdade Christus, ora em razão dos artigos que elaboraram; bem ainda e especialmente, para o Professor Paulo Henrique Gonçalves Portela, pela elaboração dos *abstracts*. Agradecemos ainda à Angela Barros, pela competente e compromissada diagramação. E aos Professores que compõem a Comissão Editorial, Profa. M.Sc. Fayga Silveira Bedê (Coordenadora de Pesquisa e de Monografia), Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Prof. M. Sc. Ivo César Barreto de Carvalho e Profa. M.Sc. Valeschka e Silva Braga, por mais uma tarefa cumprida magistralmente.

Portanto, amigo leitor, partilhe conosco da felicidade de termos uma Revista elaborada com espírito puramente científico, em meio à alegria de termos obtido tantas vitórias em tão pouco tempo de existência do Curso de Direito desta Instituição.

Até o próximo número e tenha uma excelente leitura.

FRANCISCO GÉRSO MARQUES DE LIMA

*Coordenador-Geral do Curso de Direito*

# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

### PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL

Concessão e permissão de serviço público de transporte terrestre ..... 11  
coletivo urbano

*Concession and permission of public services of urban road transportation*

*Concession et autorisation du service public de transport collectif urbain*

*Anna Luíza Matos Coelho*

Lineamentos sobre o dolo eventual e a culpa consciente nos crimes  
de trânsito ..... 33

*Outlines on culpability in traffic crimes*

*Questions sur le dol éventuel et la faute consciente dans les Infractions au  
code de la route*

*Bruno Queiroz Oliveira*

Venda direta de veículos pelos fabricantes: ilegalidade da concorrência  
vertical entre concedente e rede concessionária ..... 47

*Direct sale of motor vehicles by manufacturers: illegality of the so-called “vertical  
competition” between the vehicle producers and the authorized vehicle stores*

*Vente directe de véhicules par les fabricants: illegalite de la concurrence verticale  
entre concedent et concessionnaire*

*Gladston Mamede*

Fontes no Direito Tributário ..... 92

*Sources in Tax Law*

*Sources du Droit Fiscal*

*Heleno Taveira Tôrres*

Serviços públicos e tributação ..... 123

*Public services and taxation*

*Service publique et fiscalité*

*Hugo de Brito Machado*

Planejamento tributário ..... 149

*Taxation planning*

*Planification fiscale*

*Ivo César Barreto de Carvalho*

Da natureza jurídica do inquérito policial .....	164
<i>On the juridical nature of investigation</i>	
<i>De la nature juridique de l'enquête policière</i>	
<i>Jeovánia Maria Cavalcante Holanda</i>	
Relativização da coisa julgada material: dificuldades teóricas e práticas .....	178
<i>Relativization of material res judicata: theoretical and practical difficulties</i>	
<i>Relativité de la chose jugée matérielle: difficultés théoriques et pratiques</i>	
<i>Juliana Sombra Peixoto</i>	
Direitos e garantias fundamentais: garantias processuais e garantias materiais .....	196
<i>Fundamental rights and freedoms and their protection</i>	
<i>Droits et garanties fondamentaux – garanties procédurales et garanties matérielles</i>	
<i>Juraci Mourão L. Filho</i>	
Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) .....	211
<i>New constitutionalism and the constitutionalization of Law (The late triumph of Constitutional Law in Brazil)</i>	
<i>Néo-constitutionnalisme et constitutionnalisation du Droit - Le triomphe tardif du Droit Constitutionnel au Brésil.</i>	
<i>Luís Roberto Barroso</i>	
Breves considerações acerca da declaração de constitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade .....	253
<i>Brief analysis on the statement of constitutionality at the Direct Unconstitutionality Lawsuit</i>	
<i>Brèves considérations concernant la déclaration de constitutionnalité faite dans L'action Directe d'Inconstitutionnalité</i>	
<i>Nagibe de Melo Jorge Neto</i>	
Criminalidade econômica, denúncia genérica e devido processo legal .....	262
<i>Crime in economics, generic accusation and the due process of law</i>	
<i>Criminalité économique, dénonciation générique et droit à un procès équitable</i>	
<i>Nestor Eduardo Araruna Santiago</i>	
Contribuição da doutrina cristã para o desenvolvimento dos direitos humanos .....	273
<i>Contribution of christian doctrine for the development of human rights</i>	
<i>Contribution de la doctrine chrétienne pour le développement des droits de l'homme</i>	
<i>Paulo Henrique Gonçalves Portela</i>	

Histórico da administração da Justiça no Brasil: os arbítrios da Justiça Real, o contencioso administrativo do Conselho de Estado e a limitação do Supremo Tribunal Federal de conhecer questões de natureza puramente política .....	289
<i>History of administration of Law in Brazil: the discretion of Royal Justice, the administrative litigation at the State Council and the restrictions concerning the judgement of matters of purely political nature set upon the Federal Supreme Court</i>	
<i>Historique de l'administration de la Justice au Brésil: les choix de la Justice Reelle, le contentieux administratif du Conseil d'État et le refus du Supreme Tribunal Federal de connaitre des questions de nature purement politique</i> <i>Vanna Coelho Cabral</i>	

## SEGUNDA PARTE – DOCTRINA ESTRANGEIRA

La interpretación económica de la ley tributaria. Apuntes sobre la influencia del derecho anglosajón sobre el derecho de tradición romanista .....	311
<i>Economic interpretation of Tax Law. Notes on the influence of common law over legal systems based upon roman law</i>	
<i>L'interprétation économique de la norme fiscale</i> <i>Alejandro C. Altamirano - versão em espanhol</i>	
Os discípulos administrativistas de Maurice Hauriou .....	353
<i>Maurice Hauriou Administrative Law disciples</i> <i>Eric Millard - versão em português</i>	
Les disciples administrativistes de Maurice Hauriou .....	373
<i>Eric Millard - versão em francês</i>	
Democracia e exclusão social em face da globalização .....	393
<i>Democracy and social exclusion as related to globalization</i> <i>Démocratie et exclusion sociale en face de la mondialisation</i> <i>Friedrich Müller - versão em português</i>	
Demokratie und soziale Ausgrenzung angesichts der Globalisierung .....	404
<i>Friedrich Müller - versão em alemão</i>	
A Emenda Constitucional de 1º de março de 2005, que modificou o Título XV da Constituição francesa (ou a revisão suspensa) .....	415
<i>The Amendment from March 1st 2005, which changed the Title XV of the French Constitution (or the so-called suspended Amendment)</i> <i>Michel Verpeaux - versão em português</i>	

La Loi Constitutionnelle du 1 <sup>er</sup> mars 2005 modifiant le Titre XV de la Constitution (ou la revision suspendue) .....	441
<i>Michel Verpeaux - versão em francês</i>	

### TERCEIRA PARTE – LEGISLAÇÃO FEDERAL

Emendas Constitucionais .....	463
Ementário de Legislação Federal .....	466
Instruções para publicação .....	485

*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.*

# CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE COLETIVO URBANO

*Anna Luíza Matos Coêlho\**

1 Introdução. 2 O Estado e a prestação de serviço público. 3 Concessão, permissão e autorização de serviço público: conceito e noções gerais. 4 Concessão e permissão de serviço público de transporte terrestre coletivo urbano. 5 Conclusão.

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar o serviço público de transporte terrestre coletivo urbano, notadamente no que tange à forma de prestação, vale dizer, se mediante concessão, permissão ou autorização por parte do Estado, efetuando-se a verificação dos conceitos e noções gerais acerca dos mencionados institutos e sua previsão na Constituição Federal de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado. Serviço público. Concessão. Permissão. Autorização. Transporte terrestre coletivo urbano.

## 1 INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho da análise acerca da prestação de serviço público de transporte terrestre coletivo dentro dos grandes centros urbanos.

Com efeito, sabe-se que ao Estado, enquanto ordem jurídica soberana, cumpre efetivar as necessidades essenciais de certa coletividade em dado território e em determinado lugar. Para tanto, através de seus órgãos e entidades, no exercício de suas funções, visa a atingir os objetivos delineados pela Lei Fundamental, e dentre estes, encontra-se o dever do Estado de prestar serviço público.

Dentre as inúmeras problemáticas do ser humano, encontra-se a sua necessidade de se transportar para diversos lugares, tendo em vista os inúmeros papéis que o homem almeja realizar diariamente. Neste contexto, cabe

---

\* Mestre em Direito (Universidade Federal do Ceará). Especialista em Direito Privado (Universidade Mogi das Cruzes - SP). Especialista em Direito Processual (Universidade Federal do Ceará). Professora do Curso de Direito da Faculdade Christus (Fortaleza - CE). Advogada. E-mail: anna-coelho@oi.com.br.

ao Estado a prestação de tal incumbência, estabelecendo a Constituição Federal brasileira a forma como deve referido serviço ser prestado.

Visa o estudo a analisar de que forma deve o serviço de transporte terrestre coletivo urbano ser efetuado pelo Estado e a possibilidade deste de exercê-lo de forma direta, vale dizer, por si só, ou na forma indireta, ou seja, mediante delegação a terceiros.

Para tanto, faz-se necessário o enfoque da prestação de serviço público mediante delegação nas modalidades de concessão, permissão e autorização, para ao final responder à questão de qual modalidade de delegação deve o Estado valer-se para determinar seja o serviço de transporte terrestre coletivo dentro dos grandes centros urbanos efetivado.

Tendo em vista a existência de poucas obras sobre o tema do transporte terrestre coletivo urbano, percebeu-se que a questão estava a desafiar novos enfrentamentos.

## 2 O ESTADO E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O Estado, enquanto sociedade política dotada de certas características tais como a soberania, o território, o povo e a finalidade, surge como meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares, ou seja, tem o Estado o desiderato de prover o bem comum, no sentido de proporcionar aos indivíduos em sociedade todas as condições de vida social que beneficiem o desenvolvimento por completo da personalidade humana.

Buscar o bem comum de um povo, situado em determinado território, eis como o Estado se identifica. Para tanto, dentre as diversas funções destinadas ao Estado para serem cumpridas, encontra-se a tarefa de prestar serviços públicos aos membros da sociedade.

Serviço público, no entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, é

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhes faça às vezes, sob um regime de Direito Público.<sup>1</sup>

Eis que se pode conceituar serviço público como a atividade prestada pelo Estado ou por aqueles que fazem suas vezes, mediante regime de direito público, de acordo com a lei, cujo fito é exatamente atingir as necessidades vitais da coletividade.

Com efeito, é o serviço público um dos objetivos do Estado, tendo em vista que busca atingir interesse público, o que acarreta necessidade de

regulamentação, alteração e controle pelo Poder Público, sendo este, ainda, responsável por sua fiscalização, tudo nos moldes do art. 175 da Constituição Federal brasileira.

Cumprir notar, ainda, que cabe ao Estado, na condição de gestor dos interesses da coletividade, propiciar aos administrados todo tipo de bem estar indispensável para a obtenção das suas necessidades essenciais. Nesse sentido, não pode alvitrar objetivos outros que não sejam aqueles previstos pelas próprias normas de Direito Público que tratam da matéria.

Entretanto, dentre a diversidade de serviços públicos que podem ser realizados pelo Estado em razão dos interesses coletivos a serem atingidos, oferece a doutrina a distinção existente entre interesses coletivos primários ou essenciais, e secundários, ou não essenciais. Essencial é o serviço considerado por lei ou o que pela sua própria natureza é tido como de necessidade pública, exigindo, desta forma, em princípio, execução privativa da Administração Pública. Por outro lado, não essencial é o serviço assim considerado por lei ou o que, pela própria natureza, é tido como de utilidade pública, podendo aqui sua execução ser exercida por particular.

Em resumo, essencial é o serviço que não deve faltar ao administrado, em razão de sua importância para a demanda social, vez que são considerados indispensáveis à vida dos membros da sociedade. Como exemplo, pode-se citar os serviços de segurança pública, segurança externa do Estado, os serviços judiciários, e, ainda, o transporte terrestre dentro dos grandes centros urbanos. Já serviço público secundário ou não essencial é, conforme apontado pela doutrina, aquele que pode ser efetivado pela iniciativa particular, ou seja, cuja execução é facultada aos particulares, posto não ser de execução privativa da Administração Pública.

Cumprir notar que a Constituição Federal, ao assegurar o direito de greve, estabeleceu que a lei definirá os serviços essenciais, bem como disporá acerca do atendimento das necessidades vitais da sociedade. Desta forma, é a Lei 7.783, de 28 de junho de 1989 que, em seu art. 9º, define como serviços essenciais, a saber, o de energia elétrica; água; gás; combustíveis; o serviço de saúde; o de distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; o funerário; o de transporte coletivo; o de captação e tratamento de esgoto e lixo; o de telecomunicações; o relacionado com substâncias radioativas; o de tráfego aéreo; o de compensação bancária e o de processamento de dados ligados a esses serviços, conforme art. 10 da mesma lei.

Diógenes Gasparini preleciona que, não obstante os serviços essenciais serem entendidos pela doutrina majoritária como os que pela própria natureza são tidos como de necessidade pública, os Municípios não possuem serviços, que, pela própria natureza, possam ser considerados como tais e, em razão disto, de execução exclusiva da Administração Pública municipal; porém aponta uma exceção, notadamente o serviço de transporte coletivo,

que de acordo com o art. 30, inciso V, da Constituição Federal, é de caráter essencial.

De outro lado, torna-se imprescindível registrar outra enumeração realizada pela doutrina acerca dos serviços públicos ao classificá-los em serviços "*uti universi*" ou gerais, e serviços "*uti singuli*" ou individuais.

São serviços públicos "*uti universi*" ou gerais aqueles que a Administração presta não obstante a existência de usuários predeterminados, visando atender à coletividade como um todo, *v.g.*, os serviços de polícia, iluminação pública, pavimentação de ruas, de implantação de serviço de abastecimento de água, de prevenção de doenças e outros. Desse modo, mencionados serviços são prestados de acordo com as possibilidades da Administração Pública, e, em razão disso, não ensejam direito subjetivo próprio aos administrados para sua obtenção.

Já os serviços "*uti singuli*" ou individuais são realizados em razão de usuários individualizados, ou seja, predeterminados, podendo, portanto, ser mensurável sua utilização por cada um dos indivíduos. São exemplos desse serviço o de energia elétrica domiciliar, de uso de linha telefônica e a água. Esses serviços, desde que implantados, criam direito subjetivo ao indivíduo, uma vez comprovando este que possui condições técnicas para recebê-lo.

A Constituição Federal brasileira, ao tratar dos serviços públicos, definiu aqueles que o são por imperativo constitucional: serviço postal e correio aéreo nacional; serviços de telecomunicações, incluindo transmissão de dados; serviços de radiodifusão; a geração e fornecimento de energia elétrica; serviços de transporte, inclusive infra-estrutura portuária e aeroportuária; serviços de estatística, geografia, geologia e cartografia nacional; serviços locais de gás canalizado; educação, saúde e previdência social.

Muito embora não seja tal enumeração taxativa, ela demarca o âmbito em que a atividade de prestação sob o regime de Direito Público será inequivocamente legítima. A ampliação de tal campo poderá ser procedida tanto por meio da manifestação do poder constituinte derivado como por intervenção do legislador infraconstitucional, que estará, entretanto, nesta última hipótese, sujeito ao controle jurisdicional. Tal dilatação não pode infringir o princípio da livre iniciativa, consagrado reiteradamente pelos artigos 1º, inciso, IV; 5º, inciso XIII; e, ainda, 170, *caput* e parágrafo único da Constituição Federal brasileira, o que obviamente só pode ser aferido à luz do caso concreto submetido ao aplicador do direito em um dado momento.

Portanto, são precipuamente as tarefas estatais arroladas que se dirigem às disposições da Lei 8.987/95, exceção feita aos serviços de radiodifusão, por vontade expressa da norma, notadamente em seu art. 41, e as atividades não exclusivamente públicas nos termos da Constituição, tais como educação, saúde e previdência social.

No mesmo sentido, cuida da matéria o Código de Defesa do Consumidor, quando estatui no *caput* do art. 22 que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, sejam estas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Mister se faz ressaltar, que, de acordo com o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, é considerado fornecedor qualquer pessoa física ou jurídica pública ou privada.

Fornecedor, para efeito do citado artigo, é o fabricante, o vendedor ou mesmo o prestador de serviço. Conforme anteriormente ressaltado, pode ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada, ficando sujeito inclusive o próprio Estado, através do poder público federal, estadual ou municipal, diretamente ou indiretamente, quer seja por intermédio de autarquias, fundações ou empresas públicas.

Pode-se afirmar, portanto, que cumpre ao Estado efetuar o dever jurídico de exercer as funções públicas, através das quais busca atingir o bem comum de dada sociedade, sendo a prestação de serviço público um dos meios pelos quais realiza tal desiderato. No exercício de tal ofício deve o Estado prestar serviços públicos adequados, eficientes e seguros, bem como em relação aos serviços considerados essenciais, estes devem ser contínuos.

Isto significa que não só as empresas ligadas à iniciativa privada, mas também os órgãos públicos, isto é, os entes administrativos centralizados ou descentralizados, além da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, e suas respectivas autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas, incluindo as concessionárias ou permissionárias de serviços públicos podem, nos moldes do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, participar da relação jurídica de consumo na qualidade de sujeito passivo, tendo em vista a determinação contida no *caput* do mencionado artigo.

### 3 CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: CONCEITO E NOÇÕES GERAIS

O Poder Público pode realizar seus próprios serviços através dos órgãos da Administração direta, na forma centralizada, ou prestá-los por meio de diversos órgãos na forma descentralizada, notadamente por intermédio das entidades autárquicas, fundacionais e empresas estatais que integram a Administração indireta, ou seja, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Ademais, resta possível ao ente público prestar seus serviços por meio de entes paraestatais, vale dizer, órgãos que não compõem a Administração direta ou indireta, tais como os serviços sociais autônomos e outros, e, por derradeiro, por empresas privadas e particulares individu-

almente, nas modalidades de concessionários, permissionários e autorizatários do serviço público.

A propósito, é a previsão do art. 21, inciso XII, da Constituição Federal brasileira que assim reza:

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

- a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites do Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Convém lembrar, ainda que, de acordo com o art. 175 da Lei Maior, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Já o parágrafo único do artigo sob exame determina que a lei disporá sobre as seguintes questões: o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; e, por último, sobre os direitos dos usuários, a política tarifária e acerca da obrigação de manter serviço adequado.

Com efeito, quando a Administração Pública executa os seus próprios serviços o faz na condição de titular; porém, quando os outorga a terceiros, pode transferir-lhes a titularidade ou a própria execução da atividade a ser realizada. Desta forma, a transferência da titularidade do serviço é concedida por lei e só por meio desta pode ser alterada ou retirada; por outro lado, a transferência da prestação do serviço ou sua execução é delegada por meio de ato administrativo, na forma unilateral ou bilateral, e por via da mesma forma pode ser retirada ou mudada, sendo necessário para tanto, somente, em determinados casos, autorização do Poder Legislativo competente.

Assim, no Brasil, prevalece o critério da outorga de serviços administrativos ou de utilidade pública às autarquias, fundações públicas e às

empresas estatais, em razão de um motivo bastante simples: a lei, quando as cria, já lhes transfere a titularidade dos serviços a serem prestados.

No que tange à execução de serviços por intermédio de particulares, faz-se necessário o instrumento da delegação, meio este, regulamentado e controlado pelo Poder Público, podendo este ser feito sob as modalidades de concessão, permissão ou autorização. Aponta a doutrina ser a delegação indispensável para a caracterização da legalidade quando da realização de serviços de natureza pública pelos particulares.

Mas qual a distinção existente entre concessão, permissão e autorização? Veja-se preliminarmente o instituto da concessão. Derivado do latim *concessio*, de *concedere*, designa o ato de conceder. Ensina De Plácido e Silva que no domínio do Direito Público possui o vocábulo um tríplice aspecto, a saber, inicialmente tem a acepção mais comum de autorização, envolvendo igualmente a significação de licença ou permissão para que se pratique certa soma de atos ou de negócios; num segundo momento traz a idéia de liberalidade, em virtude da qual o Poder Público beneficia a pessoa ou a instituição com auxílios de várias espécies, como por exemplo, a isenção de impostos; e, por último, indica o contrato realizado pelo Poder Público e uma pessoa, física ou jurídica, pelo que concede o direito de explorar determinada ordem de serviços públicos ou de utilidade pública.<sup>2</sup>

O Estado, para atingir seus fins de administração da *res publica*, tendo em vista o crescente aumento de suas atribuições, delega uma parcela de seu poder, bem como de direitos e vantagens para o particular, fazendo com que este se utilize da parcela de bem público, na execução de um serviço público ou de obra pública. Eis o instituto da concessão.

Há divergência entre os doutrinadores sobre a natureza jurídica da concessão, visto que se pode analisar o instituto sob vários prismas. A priori, para os defensores da teoria unilateral, existem duas subdivisões, a saber, a primeira defende existir na concessão um ato unilateral do Poder Público, visto que cabe a este estabelecer as cláusulas do contrato; e, num segundo plano, entende que existem na concessão dois atos unilaterais, um da Administração, fixando as condições e um outro do particular, declarando a sua vontade; no que tange à teoria bilateral, há o entendimento de que a concessão é um contrato de direito privado, e aqui se encontram os defensores de que o instituto da concessão não difere de outros contratos regidos pelo direito comum; um outro entendimento surge para aqueles que vêm na concessão um contrato de direito público; e, ainda, aqueles que acreditam ser a concessão um contrato de direito misto, isto é, parcialmente de direito público e parcialmente de direito privado; por fim, a teoria mista, que vê na concessão um ato unilateral do Poder Público, visto que estabelece as condições da concessão, e um contrato, em razão do equilíbrio econômico-financeiro das partes envolvidas.

A doutrina dominante atribui à concessão a natureza jurídica de contrato administrativo, e, portanto, sujeito ao regime jurídico de direito público.

Para Hely Lopes Meirelles, serviço concedido é aquele que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerado por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente, ou seja, serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão.<sup>3</sup>

Com efeito, a transferência da titularidade do serviço público a ser prestado é concedida por lei e somente por meio desta pode ser retirada ou quiçá mudada. Ademais, a transferência da prestação do serviço é delegada por ato administrativo, podendo este ser bilateral ou unilateral, e pela mesma forma pode ser retirada ou alterada, necessitando somente, em determinadas situações, da competente autorização do Poder Legislativo.

No Brasil, a outorga de serviço público ou de utilidade pública se faz notadamente às autarquias, às fundações públicas e às empresas do Estado, pois que a lei, no momento que as gera, já efetua a transferência de titularidade dos mencionados serviços, sendo a delegação utilizada para a passagem da execução de serviços a entes particulares, através da regulamentação e controle do Poder Público.

Nesse sentido, verifica-se que a delegação se torna imprescindível para que se configure a legalidade da prestação do serviço efetivada por ente particular, uma vez que, sem a devida regulamentação do Poder Público, pode ocorrer que esta se torne clandestina, a saber, sem a participação do controle público.

Na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, pode-se definir concessão como "contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais".<sup>4</sup>

Por sua vez, para Celso Antônio Bandeira de Mello, define-se concessão de serviço público como o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.<sup>5</sup>

E, ainda, para Marcello Caetano, chama-se concessão, no sentido próprio e técnico, a transferência, temporária ou resolúvel, por uma pessoa coletiva de direito público, de poderes que lhe competem para outra pessoa

singular ou coletiva a fim de esta os exercer por sua conta e risco, mas no interesse geral; quando os poderes transferidos são os de explorar um serviço público que a pessoa coletiva instituiu ou quer instituir, dá-se a concessão de serviço público.<sup>6</sup>

Por seu turno, de acordo com Hely Lopes Meirelles, concessão é a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Com isto, se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização governamental, a regulamentação e a licitação.<sup>7</sup>

Luiz Antonio Rolim afirma que concessão é uma das primeiras modalidades de transferência da execução de serviços públicos a particulares. Por ela o Poder Público (concedente), ao invés de executar diretamente, por seus próprios meios e pessoal, determinado serviço ou obra, transfere sua execução a terceiros (concessionários) que, mediante ajuste especial, se comprometem a executá-lo em seu nome próprio e por sua conta e risco.<sup>8</sup>

Na lição de Diógenes Gasparini, concessão é o ato administrativo, discricionário ou vinculado, mediante o qual a Administração Pública outorga aos administrados um status, uma honraria ou, ainda, facultá-lhes o exercício de uma atividade material.<sup>9</sup>

Assim, o instituto da concessão estatal pode ocorrer mediante, *v.g.*, a concessão da cidadania brasileira, na modalidade "status", através da concessão de uma comenda, na modalidade "honraria", e, ainda, por meio de concessão de lavra, esta última, como um exercício de atividade material.

Ressalte-se, ainda, que o termo "concessão" também é usado como indicador de ato jurídico de natureza contratual, como ocorre, por exemplo, na concessão de uso de bem público.

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 2º da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões), concessão e poder concedente são considerados o seguinte:

Art. 2º. Para os fins do disposto nesta lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Conforme estatui o art. 2º, o contrato de concessão será celebrado por prazo determinado. Tal espaço de tempo há de ser expressamente indicado no edital, conforme preceitua o art. 18, I, do mesmo diploma legal.

No que diz respeito à prorrogação do contrato, determina a citada legislação que conste no referido documento, enquanto cláusula especial, as condições para a prorrogação, que poderá ser menor, igual ou inclusive maior do que o prazo inicialmente avençado entre as partes.

É fato incontroverso que o concessionário executa e explora o serviço público que lhe foi repassado em seu nome e por sua conta e risco, nos moldes do inciso II do art. 2º da Lei 8.987/95. Em razão disso, cumpre ao concessionário responder pelos danos que vier a causar a terceiro ou ao próprio Poder Público concedente. Com efeito, a responsabilidade do concessionário pelos danos causados a *outrem*, decorrentes dos serviços públicos que executa e explora é objetiva, tudo com esteio no art. 37, § 6º, da Carta de Direitos brasileira.

Cumpre falar, ainda, que a Lei 8.987/95, em seu art. 26, trata da subconcessão. Logo, faz-se necessário verificar o que vem a ser tal instituto. Nesse sentido, dispõe o art. 26 da Lei das Concessões:

Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º. A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º. O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Desse modo, a subconcessão vem a ser um contrato celebrado entre o titular da concessão de serviço público e um terceiro escolhido mediante licitação, com o objetivo de transferir parte dos direitos e obrigações que detém nessa espécie de contrato administrativo. Aquele que é titular da concessão e elege o terceiro é denominado subconcedente, já a segunda parte do referido contrato é denominada subconcessionário.

Desta forma, para que seja possível a subconcessão, faz-se necessário sua previsão e regulamentação no contrato, bem como o dever de ser precedida de autorização do Poder Público e realização mediante concorrência.

Na verdade, aponta a doutrina, na pessoa de Diógenes Gasparini, não ser a subconcessão uma nova concessão, não obstante a lei determine a sub-rogação do subconcessionário a todos os direitos e obrigações do subconcedente. Para o referido autor, "é, isto sim, o ajuste, calcado no edital e na proposta vencedora, celebrado entre o subconcedente e o subconcessionário".<sup>10</sup>

A seguir, passa-se à análise do instituto da permissão. Vale ressaltar, que as constituições passadas só falavam em concessão, posto que silenciavam a respeito da permissão. A Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe ambos os institutos do Direito Administrativo, colocando-lhes lado a lado.

Torna-se imperioso lembrar, que além dos serviços concedidos, há, ainda, os serviços permitidos e os serviços autorizados, todos fazendo parte da modalidade de serviços públicos delegados ao particular, diferenciando-se, uns dos outros, apenas com formas e garantias distintas. Nesse sentido, a concessão é forma de delegação mediante contrato; entendendo a doutrina que a permissão e a autorização são constituídas de delegação por ato unilateral da Administração; ou seja, a concessão garante à Administração uma maior formalidade e estabilidade para o serviço; por outro lado, a permissão e a autorização constituem-se numa forma mais simples e precária na execução do serviço.

Os serviços permitidos são aqueles em que a Administração Pública, mediante ato unilateral, ou seja, através de termo de permissão, confere a execução a entes particulares que possuam capacidade para desempenhar os serviços necessários, estabelecendo os requisitos para a sua prestação pelo particular.

Alerta Hely Lopes Meirelles que "a permissão é, em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para exploração do serviço, a fim de garantir rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário visando a atrair a iniciativa privada".<sup>11</sup>

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello,

permissão de serviço público é ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o

desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.<sup>12</sup>

A outorga da permissão se faz por licitação, nos moldes do art. 175 da Constituição Federal, podendo ser de forma gratuita ou onerosa, isto é, pode-se exigir do permissionário o pagamento como forma de contraprestação.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o citado artigo, assinala que

posta de lado a proximidade de certos administrativistas, a diferença essencial entre concessão ou permissão está em que esta é unilateral e precária, podendo ser extinta a qualquer momento pelo Poder Público, enquanto aquela é contrato administrativo bilateral, portanto com prazo certo.<sup>13</sup>

O instituto da permissão encontra-se previsto no parágrafo único do art. 40 da Lei 8.987/95. Com efeito, o Estado utiliza-se da permissão justamente quando não possui interesse em constituir o particular em direitos contra a sua pessoa, mas somente em face de terceiros.

Inegável, portanto, que são atributos da permissão a unilateralidade e a discricionariedade. É unilateral, pois deriva somente de ato por parte da Administração; discricionário, uma vez que é permitido ao poder público traçar os limites que determinam o conteúdo do ato, tudo mediante a avaliação dos elementos que constituem critérios administrativos.

Cumprе salientar que a doutrina mais conservadora acrescenta um terceiro atributo relacionado à permissão, a saber, a precariedade. Com efeito, serviço precário é aquele que não se mostra em caráter efetivo, ou permanente, podendo ser revogável pela Administração Pública quando esta desejar. Celso Antônio Bandeira de Mello expressamente declara que

dita precariedade significa, afinal, que a Administração dispõe de poderes para, flexivelmente, estabelecer alterações ou encerrá-la, a qualquer tempo, desde que fundadas razões de interesse público o aconselhem, sem obrigação de indenizar o permissionário.<sup>14</sup>

Em face disto, utiliza-se o Poder Público da permissão geralmente quando há possibilidade de revogação unilateral a qualquer tempo, em razão da sua transitoriedade, bem como quando não é cabível qualquer forma de indenização, pelo que deixa de trazer ao ente público conseqüências econômicas gravosas.

No entanto, apesar de a maioria da doutrina ver no instituto da permissão um ato unilateral do Poder Público, há quem defenda ser o instituto desprovido de precariedade, ou seja, a Constituição Federal, em seu art. 175, parágrafo único, ao tratar da prestação dos serviços públicos mediante concessão ou permissão, impõe à lei dispor sobre o caráter especial de seu contrato.

Veja-se o disposto no referido artigo, *in verbis*:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Desta forma, se a lei deverá dispor sobre o contrato pelo qual o concessionário e o permissionário efetivarão seu vínculo para com a Administração Pública, está assim afastada a falsa idéia de que a permissão de serviço público não é mais um ato unilateral do serviço público, mas é de se concluir que, tanto a concessão como a permissão, são formalizadas via contrato, uma vez que é este um instrumento que concede estabilidade ao negócio jurídico celebrado entre as partes.

Para corroborar o entendimento ora manifestado, cumpre verificar o art. 1º da Lei n. 8.987/95 que reza que as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, bem como pela citada lei, e, ainda, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Por fim, é forçoso reconhecer que o instituto da permissão já não pode mais ser caracterizado como ato administrativo, pelo que com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a chegada da Lei n. 8.987/95, que regulamentou o citado artigo, a permissão ganhou *status* de contrato administrativo segundo o qual o Poder Público transfere a um particular a execução de certo serviço público em conformidade com as condições estabelecidas em normas de direito público.

Por derradeiro, cumpre assinalar o que vem a ser autorização de serviço público. Quanto à autorização, esta é também forma de transferência de

execução de serviço público a particulares, mediante ato administrativo discricionário e precário.

Nesse contexto, através da autorização se transfere ao particular, serviços de execução fácil, vale dizer, serviços que não demandam grandes montas, de regra sem remuneração por tarifas, como por exemplo, a autorização para conservação de praças, jardins ou canteiros de avenidas, podendo a Administração Pública, em contrapartida, autorizar a afixação de placa como o nome da empresa.

Assevera Lúcia Valle Figueiredo que "a autorização, sim, é ato administrativo, unilateral e precário, que se presta para serviços públicos emergenciais, não constantes".<sup>15</sup>

Atente-se que a autorização se manifesta mediante ato administrativo, e não na forma de contrato, de conteúdo parcialmente discricionário, unilateral e precário, tendo em vista que pode ser revogado, quando necessário, de acordo com o interesse do Poder Público.

A doutrina aponta, ainda, como exemplo de autorização o caso de empresas de turismo que, durante greves, prestam serviços de transporte à população, bem como em relação a qualquer acontecimento relevante, sem natureza constante, que seja prestado por particular, cuja necessidade seja absolutamente aleatória ou passageira.

No que tange à remuneração dos serviços autorizados, cabe à Administração Pública determinar, mediante tarifa, o *quantum* a ser pago, dentro das possibilidades de medida para oferecimento aos usuários. O serviço, por sua vez, deverá ser executado de forma pessoal e intransferível a terceiros, podendo o Poder Público, em razão de ser uma delegação discricionária, valer-se de qualquer tipo de seleção para a escolha do melhor autorizatário, desde que o faça de forma vinculada aos termos do edital de convocação.

A contratação de serviços autorizados com o usuário é sempre uma relação de Direito Privado, vale dizer, sem qualquer participação ou responsabilidade por parte do Poder Público. Diante disso, na ocorrência de qualquer irregularidade, há de comunicar a Administração Pública autorizante para que, tendo conhecimento da falta cometida pelo autorizatário, possa, caso assim deseje, aplicar a sanção cabível, podendo, inclusive, efetuar a cassação da autorização.

Aponta a doutrina, na pessoa de José dos Santos Carvalho Filho, que não há que se falar em serviços públicos autorizados. Como argumento, remete o citado autor à leitura do art. 175 da Constituição Federal, alegando que o legislador pátrio, ao referir-se à prestação indireta de serviços públicos, só fez menção aos institutos da concessão e da permissão, pelo que o ato de autorização não pode consentir o desempenho de serviços públicos.

Assim, a atividade a ser desenvolvida na forma de autorização é de interesse exclusivo ou predominante de seu titular, vale dizer, há interesse meramente privado, independentemente do fato de trazer a um determinado grupo de pessoas algum tipo de comodidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do tema, explica que a resposta se encontra no art. 175 da Carta Fundamental brasileira, uma vez que é no mencionado artigo, que o legislador constitucional tratou da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado. Por sua vez, a expressão autorização, mencionada pelo legislador constitucional no art. 21, incisos XI e XII, possui dois fins: inicialmente, uma delas que corresponde à hipótese em que há prestação de serviço de telecomunicação, como, por exemplo, o serviço de radioamador ou mesmo de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, que não se configuram propriamente em serviço público, mas em uma forma de serviço de interesse privado; e, em um segundo momento, a de abranger casos em que efetivamente há serviço público, mas trata-se de uma situação onde o Poder Público, em razão do caráter de emergência da situação, o faz mediante o instituto da autorização até a adoção dos procedimentos da concessão ou da permissão, sendo o caso, *v.g.*, do art. 223 da Constituição Federal, que trata da competência do Poder Executivo de outorga e renovação, mediante concessão, permissão e autorização, para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

#### 4 CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE COLETIVO URBANO

Bastante já se falou acerca das atividades materiais que o Estado assume como próprias a fim de satisfazer as necessidades do corpo social. São os serviços públicos efetivados pela Administração Pública tendo em vista que reputados como fundamentais para a existência e convivência humana em sociedade.

Falou-se, ainda, que muitas vezes o Estado presta tais serviços de forma direta, noutros casos, o faz mediante delegação a particulares. Em relação à delegação, pode esta ser efetivada mediante concessão ou permissão do serviço público.

Nos termos do art. 175 da Constituição Federal brasileira, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A Constituição Federal brasileira manteve para si a tarefa de definir quais são os serviços públicos. Nesse sentido, determina que a União, os Estados e os Municípios prestarão serviços públicos em conformidade com as competências por ela estabelecidas. Compete à União a execução de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão das atividades previstas no art. 21, inciso XII, alíneas *a*, *b*, *c*, *d*, *e*, *e*, por último, alínea *f*. Aos

Estados, estatui em seu art. 25, § 2º, ser cabível a exploração de forma direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para sua regulamentação. E, por derradeiro, estabelece ser competência dos Municípios a organização e a prestação de serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo.

Veja-se que aos Estados e aos Municípios é dada a possibilidade de criação, ou definição por lei, de serviços públicos, desde que o serviço instituído esteja dentro das competências da pessoa jurídica instituidora, bem como sejam respeitados os limites do art. 173 da Carta Magna, vale dizer, os limites de intervenção do Estado no domínio econômico.

Desta forma, o serviço público essencial de transporte terrestre coletivo dentro dos grandes centros urbanos é prestado mediante concessão ou permissão, de acordo com o art. 30, inciso V, da Constituição Federal Brasileira, que estatui o seguinte:

Art. 30. Compete aos Municípios:

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Verifica-se, pois, que cabe ao Município, enquanto gestor dos interesses coletivos da sociedade local das cidades, a delegação, mediante concessão ou permissão, do serviço de transporte urbano.

Dentre os serviços públicos municipais encontram-se os de transporte de passageiros por meio de ônibus ou táxi, que podem se realizar, inclusive, no interior do próprio território municipal, os funerários e os do cemitério.

Como se sabe, a Administração Pública, sempre que almeja transferir a execução de certa atividade ou mesmo de serviço público que lhe foi outorgado pelo ordenamento jurídico, utiliza-se de pessoas jurídicas criadas, de acordo com o Direito Privado, pelos particulares ou pelo próprio Poder Público, isto é, as primeiras são as permissionárias ou concessionárias de serviço público; e as segundas são as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Nesse sentido, regulamenta o disposto no art. 175 da Constituição Federal Brasileira, no que diz respeito aos institutos da concessão e da permissão do serviço público, a Lei n. 8.987/95, que dispõe em seu art. 1º o seguinte:

Art. 1º. As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do artigo 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender às peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

O serviço de transporte terrestre coletivo no Município de Fortaleza, Estado do Ceará, rege-se pelo instituto de permissão, de acordo com o art. 3º, da Lei n. 7.163, de 30 de junho de 1992, que assim dispõe:

Art. 3º. A operação de serviço público de transporte coletivo será feita diretamente pelo Município, ou por delegação, a empresas particulares ou públicas, sob o regime de permissão.

Já no Município de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, o serviço de transporte coletivo encontra-se regulamentado pelo segundo termo de acordo para o ajustamento de procedimento temporário na execução dos contratos de subconcessão de prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros por ônibus, celebrado entre a empresa de transportes e trânsito de Belo Horizonte S/A - BHTRANS, e subconcessionárias dos serviços, mediante procedimento licitatório identificado no edital de concorrência pública n. 003/97.

Por sua vez, no Município de Blumenau, Estado de Santa Catarina, referido serviço público é operado mediante permissão, nos moldes do anexo II da Lei n. 4.120, de 23 de dezembro de 1992.

Como se vê, pode o serviço de transporte coletivo ser executado mediante permissão ou concessão. Compete à Administração Pública, quando da celebração do negócio jurídico com o particular, estabelecer se efetivará a delegação do serviço público mediante concessão ou permissão com o fito de proceder ao atendimento das demandas da coletividade ou do próprio Estado, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, *in verbis*:

TRANSPORTE COLETIVO REMUNERADO -  
 COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA ORGANIZÁ-LO E  
 IMPOR SANÇÕES AOS INFRATORES - INTELIGÊNCIA  
 DO ARTIGO 30, INCISO V, DA "LEI MAIOR" - "PERUEIROS"  
 - De conformidade com o disposto no art. 30, inciso V, da Lei  
 Magna, aos Municípios cabe disciplinar o serviço de transporte  
 coletivo remunerado. Logo, não há de se ter por inconstitucional  
 a Lei Municipal que, ao organizar o transporte coletivo, prevê a  
 penalidade a ser imposta aos que a descumprirem, sob pena de se  
 condenar a Lei à condição de simples letra morta, sem nenhum  
 impacto nas relações a que visa regulamentar.<sup>16</sup>

Nos moldes do art. 30, inciso V, da Constituição Federal, o transporte coletivo ganha o *status* de serviço público essencial, vale dizer, indispensável para a sobrevivência do corpo social. Nesse sentido, é a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA - Transporte coletivo. Serviço público. Concessão ou permissão. Clandestinidade. Apreensão do veículo. Multa. Afigura-se inadmissível a realização do transporte coletivo clandestino de passageiros, uma vez que o Município dispõe de competência para "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial" (CF, art. 30, V), incumbindo-lhe a aplicação de sanções administrativas, consoante permissivo do art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro.<sup>17</sup>

No mesmo sentido é a decisão do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. Recurso ordinário. Transporte coletivo. Serviço público de interesse local. Competência dos Municípios. Constituição Federal, art. 30, V. - A Carta Constitucional reserva aos municípios a competência para organizar e prestar diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial. Sendo assim, os problemas relacionados à circulação dos coletivos, às áreas para estacionamento, aos pontos de parada, aos horários, à concessão e ao itinerário das linhas, ficam compreendidos entre as atribuições das autoridades municipais, sem que importe invasão da competência estadual ou federal.<sup>18</sup>

Por último, a atividade de transporte de passageiros implica na obrigação de transportar pessoas, da empresa concessionária e permissionária de serviço público, mediante remuneração, de um lugar para outro, tudo de acordo com o art. 730 do Código Civil pátrio.

Ademais, estabelece o art. 736 do mesmo diploma legal que não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia, pelo que não se considera gratuito o serviço de transporte quando, embora feito sem remuneração, aufere ao transportador vantagens indiretas.

## 5 CONCLUSÃO

Sabe-se que o ser humano participa de duas dimensões, vale dizer, é um ser individual e, por outro lado, é também um ser social. Para que possa

sobreviver em sociedade organiza-se, visando atender às suas necessidades essenciais, uma vez que só aos loucos ou insanos é concedida a possibilidade de viver fora do seio social.

Para tanto, cria o Estado, vale dizer, uma sociedade politicamente organizada, que tem como fito efetivar as necessidades primordiais dos membros da sociedade, o que faz mediante a prestação dos chamados serviços públicos, ou seja, é a prestação que a Administração Pública efetua, seja na forma direta ou indireta, com o objetivo de satisfazer interesses gerais da coletividade.

Enquanto gestor da prestação de serviço público, nos moldes do art. 175, parágrafo único, e 37, § 3º, da Constituição Federal, compete ao Poder Público, por si só ou através de terceiros, de acordo com a lei, a execução de tais serviços, tudo com o desiderato de satisfazer às necessidades essenciais da coletividade ou simples conveniências do Estado.

Os serviços públicos propriamente ditos são aqueles prestados diretamente pela própria Administração Pública à comunidade; já os serviços de utilidade pública são os que o Poder Público presta-os diretamente ou concorda que sejam prestados por terceiros, nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas devendo os prestadores, arcar com quaisquer riscos resultantes de tais atividades, exigindo, portanto, remuneração dos usuários.

Eis que tal delegação se faz mediante concessão, permissão e autorização do serviço público. Nesse sentido, a concessão se realiza mediante contrato, garantindo à Administração Pública maior estabilidade e formalidade para o serviço. Por sua vez, a permissão também é precedida por contrato, uma vez que com a chegada da Constituição Federal de 1988 e com o advento da Lei 8.987/95, que regulamenta o citado artigo, a permissão ganhou *status* de contrato administrativo segundo o qual o Poder Público transfere a um particular a execução de certo serviço público em conformidade com as condições estabelecidas em normas de direito público. E por derradeiro, a autorização, que se consubstancia em ato administrativo unilateral e precário, que se presta para serviços públicos em caráter de emergência e de forma não constante.

No que tange à prestação de serviço de transporte terrestre coletivo dentro dos grandes centros urbanos, resta sufragado pelo legislador constituinte a competência dos Municípios para a organização e a prestação de tais serviços, sob o regime de concessão ou permissão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.) *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v. 3.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Lisboa: Coimbra Editora, 1965

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIEDE, Reis. *Curso de direito administrativo*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MUKAI, Toshio. *Estudos e pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997.
- PONTES, Valmir. *Programa de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1975.
- PONTES FILHO, Valmir. *Curso fundamental de direito constitucional*. São Paulo: Dialética, 2001.
- ROLIM, Luiz Antonio. *A Administração direta, as concessionárias e permissionárias em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao código de defesa do consumidor: Lei n. 8.078, de 11.9.90*. São Paulo: LTr, 1991.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- WALD, Arnoldo; DE MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a lei de concessões: (análise das leis n. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente)*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>1</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 600.

<sup>2</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 380.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 358.

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 277

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 631.

<sup>6</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Lisboa: Coimbra Editora, 1965, p. 559.

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 358.

<sup>8</sup> ROLIM, Luiz Antonio. *A Administração direta, as concessionárias e permissionárias em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 223.

<sup>9</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 85.

<sup>10</sup> GASPARINI, Diógenes, *op. cit.*, p. 301.

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 373.

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 680.

<sup>13</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 185.

<sup>14</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 682.

<sup>15</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112.

<sup>16</sup> Apelação cível n. 000.238.390-9/00/TJMG. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Hyparco Immesi. J. 28.11.2002.

<sup>17</sup> Mandado de segurança n. 000.237.186-2/00/TJMG. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Célio César Paduani. J. 14.11.2002.

<sup>18</sup> STJ, ROMS n. 575/RJ. Rel. Min. Helio Mosimann. 2ª Turma. Publ. 24.6.1992, RSTJ, v. 42, p. 114. DJU I, 17.8.1992, p. 12493.

## CONCESSION AND PERMISSION OF PUBLIC SERVICES OF URBAN ROAD TRANSPORTATION

### ABSTRACT

This paper aims to assess the public services of urban road transportation, especially as regards the legal frame related to the offering of such services, which may be rendered through concession, permission or authorization from the State. In the article, the author will examine the general notions on the aforementioned legal possibilities, including their ruling in the 1988 Federal Constitution.

**KEYWORDS:** State. Public service. Concession. Permission. Authorization. Public urban road transportation.

## CONCESSION ET AUTORISATION DU SERVICE PUBLIC DE TRANSPORT COLLECTIF URBAIN

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article qui analyse le service public de transport terrestre collectif urbain, notamment en ce qui concerne: la forme de prestation, c'est à dire, par les voies de la concession, de la permission ou de l'autorisation pour l'État. Ce sont vérifiés leurs concepts et leurs notions générales, ainsi que sa prévision dans la Constitution fédérale de 1988.

**MOTS-CLÉS:** État. Service public. Concession. Permission. Autorisation. Transport terrestre collectif urbain.

# LINEAMENTOS SOBRE O DOLO EVENTUAL E A CULPA CONSCIENTE NOS CRIMES DE TRÂNSITO

*Bruno Queiroz Oliveira\**

1 Introdução. 2 Dolo eventual e culpa consciente. 3 Do desvirtuamento da culpa consciente para o dolo eventual nos crimes de trânsito. 4 Conclusão.

## RESUMO

Estudo breve sobre o elemento subjetivo nos crimes de trânsito, com o objetivo de esclarecer as diferenças entre o dolo eventual e a culpa consciente, especialmente tendo como parâmetro decisões judiciais que entendem haver dolo eventual em alguns crimes de trânsito que produzem o resultado morte.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes de trânsito. Dolo eventual. Culpa consciente.

## 1 INTRODUÇÃO

É cada vez mais freqüente a discussão em torno das estatísticas alarmantes que assombam a sociedade brasileira em matéria de acidentes de trânsito com vítimas fatais. De fato, a situação do trânsito, no Brasil, é considerada por muitos especialistas um verdadeiro caso de calamidade pública.

Os dados, entretanto, não ficam apenas no elevado número de mortes no trânsito. Os elementos estatísticos ainda revelam outra grave mazela: aqueles que cometem tais delitos são mantidos na impunidade, muitas vezes, em razão da falta de mecanismos viáveis de repressão. Tal realidade somente estimula o desrespeito à lei e compromete a segurança jurídica necessária ao bom convívio social.

Nesse contexto, depois de longa tramitação legislativa, no dia 23 de setembro de 1997, foi concebido o novo Código de Trânsito Brasileiro. Trata-

---

\* 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 de Direito Penal do Curso de Direito da Faculdade Christus. Coordenador Jurídico na Unidade Jurídica Regional da Caixa Econômica Federal em Fortaleza/CE. Advogado criminalista.

se da Lei n. 9.503/97, que, embora trazendo algumas incoerências, surgiu com o firme objetivo de reprimir o infrator das normas de trânsito.

Esse diploma normativo, além de consagrar importantes alterações, busca imprimir tratamento adequado à problemática dos crimes de trânsito, punindo com maior rigor tais delitos, contemplando ainda, em capítulo próprio, várias novidades atinentes à criminalização de condutas, até então desconhecidas no ordenamento jurídico. Dentre elas, destacamos os crimes de homicídio culposo no trânsito e lesão corporal culposa no trânsito.

Por outro lado, as ditas estatísticas, cada vez mais chocantes, constituem prato cheio para a elaboração de reportagens sensacionalistas que infestam a mídia brasileira. Nossos jornalistas, que por sinal pouco entendem sobre política de trânsito, costumeiramente incitam os tribunais a adotarem uma posição mais rigorosa em termos de punição criminal aos infratores, tudo como forma de resposta aos clamores da sociedade.

Em resposta aos adeptos do Movimento da Lei e Ordem, muitos condutores são condenados pelo crime de homicídio doloso, isto porque a pena cominada ao crime de homicídio culposo no trânsito não é considerada o bastante para a repressão necessária ao combate desse tipo de criminalidade. Nessa perspectiva, Alexandre Wunderlich, em belíssimo artigo sobre o tema, destacou que o dolo eventual nos crimes de trânsito é uma ficção jurídica utilizada de maneira ilegítima para compensar uma legislação inadequada e atender aos reclamos da mídia.<sup>1</sup>

Em outras palavras, atualmente, existe um movimento no sentido de se levar os casos de homicídios ocorridos no trânsito para julgamento no âmbito do tribunal do júri popular, em completo desprestígio aos postulados das teorias que norteiam o estudo do dolo eventual e da culpa consciente.

O Promotor de Justiça Rogério Greco, ao comentar os casos de uso de álcool ao volante, nesta mesma senda, assevera que ninguém está autorizado a concluir que em todos os casos nos quais ficasse constatado excesso de velocidade aliado a indícios de embriaguez o motorista agiu com dolo eventual. Segundo ele, não se pode admitir esse tipo de raciocínio cartesiano na Ciência Jurídica, de modo a concluir que todos aqueles que dirigem embriagados e com velocidade excessiva são indiferentes à vida humana.<sup>2</sup>

É bem verdade que uma das questões mais intrigantes no âmbito da teoria do crime reside na diferenciação entre essas duas figuras. Tal dificuldade está na necessária descoberta do elemento volitivo do agente. A distinção entre dolo eventual e culpa consciente é algo muito sutil, situado exclusivamente no interior da psique humana, no assentimento ou não do resultado. Daí a grande divergência doutrinária e jurisprudencial que existe nessa seara.

No presente artigo, objetivamos efetivar estudo sobre a subjetividade nos crimes de trânsito e seu reflexo em nossa sociedade. Para tanto, trilhare-

mos o debate acerca do elemento subjetivo em tais delitos, com ênfase nos julgados que tratam da matéria e na melhor doutrina especializada no assunto. Partiremos do genérico, analisando os institutos correlatos, para, a partir daí, iniciarmos nossa explanação de modo mais incisivo, enfocando os crimes de trânsito e sua repercussão sobre a sociedade, sem a pretensão, por óbvio, de esgotamento do assunto.

## 2 DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

O professor gaúcho Cezar Roberto Bitencourt, em sua obra sobre a Parte Geral do Código Penal, afirma sem rodeios que “os limites fronteiriços entre o dolo eventual e a culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito.”<sup>3</sup>

A referida constatação está presente no pensamento de vários autores de nomeada. O próprio Hans Welzel, também com acerto, declarou que um dos problemas mais difíceis e discutidos no Direito Penal, por tratar-se de fenômeno anímico, reside na diferença entre dolo eventual e culpa consciente.<sup>4</sup>

Tradicionalmente, a doutrina classifica o dolo em três categorias: direto, indireto (eventual) e dolo de conseqüências necessárias. Há dolo direto quando o agente deseja a realização do resultado, ou seja, quando ele tem plena consciência do fato que quer realizar, e por sua vontade o realiza.

O dolo de conseqüências necessárias é aquele em que, embora o agente não tenha vontade plena de atingir primordialmente determinado resultado, tem-se como certa e irremediável a ocorrência deste. Sucede quando o agente, pretendendo matar seu desafeto, coloca uma bomba no carro da vítima para matá-la e em razão de sua conduta, mata também o motorista do veículo.

Em se tratando do dolo eventual, não se pode olvidar que o Direito Penal brasileiro adotou a denominada teoria do consentimento, em detrimento da teoria da probabilidade.<sup>5</sup> Pela primeira teoria, ficará caracterizado o dolo eventual quando o agente representar a possibilidade de ocorrência do resultado e manifestar sua indiferença em relação a ela, ou seja, haverá dolo eventual, quando o agente representa o resultado e anui em relação à sua ocorrência.

A teoria da probabilidade exige do autor apenas que ele tenha decidido praticar um determinado ato, que poderá implicar lesão a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico. Assim, para esta teoria, se o resultado é previsto como possível, configurar-se-á culpa consciente; caso o resultado tenha sido antevisto como provável, estaremos diante do dolo eventual. Como se vê, a diferença entre uma figura e outra reside num detalhe.

Sobre a teoria da probabilidade, trazemos a lição do professor Francisco Muñoz Conde:

A teoria da probabilidade parte do elemento intelectual do dolo. Como é difícil demonstrar no dolo eventual o elemento volitivo de querer o resultado, a teoria da probabilidade admite a existência de dolo eventual quando o autor representa o resultado como de muito provável produção e, apesar disso, atua, admitindo ou não essa produção. Se a probabilidade for muito remota ou mais longínqua, haverá culpa consciente ou negligência com representação.<sup>6</sup>

Em desfavor dessa teoria afirma-se que ela deixa sem valorar um aspecto essencial do dolo, ou seja, o elemento volitivo. Ademais disso, nem sempre a elevada probabilidade de ocorrência do resultado danoso levará o magistrado a imputá-lo a título de dolo. É justamente o caso das intervenções cirúrgicas de alto risco. Muitas vezes, a cirurgia faz-se absolutamente necessária e, mesmo ocorrendo lesão grave ou morte, o resultado não poderá ser imputado a título de dolo eventual.

É comezinha a afirmação doutrinária de que se o agente visualiza o resultado e sinceramente acredita que ele não irá ocorrer, estamos diante da culpa consciente. Ao revés, se o autor do fato antevê o resultado e ainda assim prossegue na realização da conduta, sendo indiferente, vale dizer, pouco lhe importando as conseqüências malélicas de sua atitude, haverá dolo eventual.

Para o professor Francisco Muñoz Conde, é preferível a teoria da vontade, porque, em última instância, todo o problema do dolo desemboca amplamente na demonstração do querer do resultado, sendo insuficiente a simples representação de sua produção provável. A demonstração desse querer suscita, na prática, certamente, problemas de prova, mas nem por isso dela se prescinde.<sup>7</sup>

Na culpa consciente o agente, embora prevendo a possibilidade da ocorrência do sinistro, acredita verdadeiramente, com base na sua perícia, que o resultado não irá ocorrer. Assim diz-se que o agente praticou o ato de modo leviano, mas não por egoísmo ou por insensibilidade moral. Desse modo, na culpa consciente, logo após a antevisão do resultado danoso, há uma previsão de caráter negativo, no sentido de que este não se concretizará. Na figura do dolo eventual, após a previsão do resultado, sucede outra, de índole ao menos parcialmente positiva, de que o dito infausto efetivamente poderá se concretizar.

Ney Moura Teles estabelece a distinção de maneira bastante didática, trazendo as seguintes hipóteses: se o agente, prevendo um resultado lesivo, resolve prosseguir na conduta perigosa, na certeza de que, com sua habilidade, com sua destreza, irá apenas e tão somente assustar um colega, convicto de que não ocorrerá qualquer lesão, que ele, sinceramente, acredita que não acontecerá, e por isso, não a admite, não a aceita, nela não consen-

te, estaremos diante da culpa consciente; por sua vez, se o agente prevê o resultado lesivo e pratica a conduta com o pensamento: “se pegar, pegou”, “se matar, matou”; nessa hipótese estaremos diante do dolo eventual.

No dolo eventual, para melhor explicitar, o resultado não é querido, mas é tolerado, o que, de per si, revela a depravação moral do agente em razão do desvalor de sua conduta.<sup>8</sup>

Acerca das características do dolo eventual, vale citar o pensamento do professor Luiz Regis Prado:

No dolo eventual, o agente presta anuência, concorda com o advento do resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo a renunciar à ação. Ao contrário, na culpa consciente, o agente afasta ou repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do evento e empreende a ação na esperança de que este não venha ocorrer (prevê o resultado como possível, mas não o aceita, nem o consente). O ponto nodal em matéria de dolo assenta no fato de que sempre há uma vontade de lesar determinado bem jurídico. Para afirmar-se a existência de dolo eventual é necessário que o autor tenha consciência de que, com sua conduta pode efetivamente lesar ou pôr em perigo um bem jurídico e que atue com indiferença diante de tal possibilidade, de modo que implique aceitação desse resultado. Para se caracterizar a indiferença não basta a mera decisão sobre a diretriz a ser seguida, mas é preciso que o autor tenha consciência de que sua forma de agir vai no sentido da possibilidade concreta de lesão ou colocação do bem em perigo.<sup>9</sup>

Creemos que a observação de Luiz Regis Prado é absolutamente pertinente, eis que a mera decisão acerca da prática da conduta não é o bastante para caracterizar o dolo eventual. Se assim o fosse, para a caracterização da assunção do risco da produção do resultado, bastaria assumir a direção do veículo automotor, o que revela interpretação absurda.

Aliás, é de bom alvitre esclarecer que o legislador pátrio, mediante a Lei n. 9.503/97, optou por tipificar os crimes de homicídio culposo no trânsito e lesão corporal culposa no trânsito.<sup>10</sup> Significa isso que o nosso legislador não adotou o dolo eventual como regra geral, pelo menos nos crimes de trânsito.

Ainda sobre as dessemelhanças entre dolo eventual e culpa consciente, é de bom alvitre trazer à baila a lição do jurista Heleno Cláudio Fragoso:

O dolo eventual aproxima-se da culpa consciente e dela se distingue porque nesta o agente, embora prevendo o resultado como possível ou provável, não o aceita nem consente. Não basta, portanto, a dúvida, ou seja a incerteza a respeito de certo evento, sem implicação e natureza volitiva. O dolo eventual põe-se na

perspectiva da vontade, e não da representação, pois está última pode conduzir também a culpa consciente.<sup>11</sup>

De tudo isso, deflui-se que as características essenciais ao dolo, vale dizer, os elementos cognitivo e volitivo, também se fazem presentes na figura do dolo eventual. E nem poderia ser diferente, pois o dolo como elemento subjetivo significa a vontade e consciência de realizar uma conduta para atingir um resultado. A diferença reside em que no dolo eventual essa vontade manifesta-se de maneira indireta pela constatação idônea do risco de produção do resultado.<sup>12</sup>

### 3 DO DESVIRTUAMENTO DA CULPA CONSCIENTE PARA O DOLO EVENTUAL

O Direito Penal brasileiro passa, hodiernamente, por profunda crise de identidade. De um lado, o ordenamento jurídico positivou, com acerto, os consagrados princípios penais humanísticos, tais como o da presunção de inocência, da personalidade da pena, da reserva legal e da humanidade, todos de viés garantista. De outra banda, a partir da Lei 8.072/90, o legislador passou a adotar uma política penal mais conservadora e voltada para as idéias puramente repressivas atinentes ao Movimento da Lei e da Ordem.

O próprio Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9.503/97, aumentou consideravelmente as penas do crime de homicídio e da lesão corporal, quando praticados na condução de veículo automotor, até mesmo em descompasso ao princípio da proporcionalidade, na medida em que a pena do crime de lesão corporal culposa no trânsito se tornou superior à pena prevista para o crime de lesão corporal dolosa, o que merece reproche por parte da melhor doutrina.

Nesta senda, muitos condutores foram levados ao Tribunal do Júri, ante a ocorrência de acidentes automobilísticos com resultado morte, mormente quando ficaram constatados registros de embriaguez ou excesso de velocidade. Essa realidade encontra guarida na manipulação do fenômeno criminal pelos meios de comunicação, aliado ao espírito de vindita dos familiares das vítimas de trânsito, que clamam por penas mais severas e pelo fim da chamada “impunidade”.

A forte inclinação para enquadramento dos motoristas envolvidos em acidentes com resultado morte na figura do dolo eventual foi tratada pelo jurista Carlos Biasotti. Para ele, a asserção de que o autor de morte no trânsito - que dirigia embriagado ou com excesso de velocidade - deve ser julgado pelo Júri, porque praticou o crime dolosamente, contém uma premissa falsa, isto porque, no mais das vezes, não foi o dolo que deu causa ao acidente, nem mesmo o dolo eventual, mas sim a culpa, ainda que consciente, na qual o desvalor da conduta é maior.<sup>13</sup>

Some-se a isso o fato de que, não raro, prisões preventivas são decretadas, não mais pela sua real necessidade, como medida cautelar, mas pela alternativa que o magistrado tem ao decretá-la para suposta garantia da ordem pública, em virtude do apelo da imprensa. Para nós, em casos desse jaez, a prisão deixa de ser medida intraprocessual, passando a ser medida penal antecipada. O recurso à exemplaridade constitui, certamente, a mais grave mácula ao princípio da presunção de inocência e de outros de cunho garantista. Significa justamente a admissão inicial da culpabilidade e culmina por atribuir ao processo uma função eminentemente formal de atribuição de legitimidade de uma decisão tomada *a priori*.

Para melhor compreensão da matéria, traremos ao conhecimento do leitor algumas decisões adotadas no âmbito dos tribunais brasileiros acerca do objeto em estudo, todas fazendo o reconhecimento do dolo eventual nos crimes de trânsito.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considera que o agente embriagado, que deu causa ao resultado morte, deve ser julgado pelo Tribunal do Júri. O raciocínio seria o seguinte: ninguém, nos dias atuais, pode alegar desconhecimento acerca dos efeitos deletérios do álcool, conforme amplamente demonstrado pelas campanhas educativas que tornam evidente a incompatibilidade entre a bebida e a direção de automóveis.

Transcrevemos abaixo o dito julgamento:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO – TRÂNSITO – EMBRIAGUEZ – DOLO EVENTUAL – PRONÚNCIA – O motorista que dirige veículo automotor embriagado causando a morte de outrem assume o risco de produzir o resultado danoso, restando caracterizado o dolo eventual. Em delitos desta natureza, neste momento processual impõe-se a pronúncia, cabendo ao tribunal do júri julgar a causa. (TJRS – RSE 70003230588 – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Danúbio Edon Franco – J. 18.04.2002).<sup>14</sup>

Também quando o agente desenvolve velocidade incompatível com o local, por exemplo, nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque ou desembarque e outros, muitos julgados consideraram tal circunstância o bastante para caracterizar o dolo eventual. O fundamento, nessa hipótese, para a caracterização do dolo eventual, é que, imprimindo velocidade excessiva, o agente tem ciência de que o tempo de reação da vítima fica significativamente diminuído, o que torna mais improvável a não-ocorrência do acidente.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão relatado pelo Desembargador Geraldo Xavier, considerou suficiente para a configuração do dolo eventual o fato de o agente haver imprimido velocidade não compatível ao local.

HOMICÍDIO DOLOSO – PRONÚNCIA – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA CULPOSA – INADMISSIBILIDADE – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – RÉU QUE IMPRIMIA EXCESSIVA VELOCIDADE AO VEÍCULO QUE CONDUZIA – RISCO ASSUMIDO DE PRODUZIR O RESULTADO LESIVO – DOLO EVENTUAL – DECISÃO MANTIDA – Recurso não provido. Quem desenvolve velocidade excessiva em seu veículo, não obstante advertido para o perigo, na melhor das hipóteses, assume o risco de produzir o resultado lesivo. (TJSP – RSE 249.097-3 – São Paulo – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Geraldo Xavier – J. 28.04.1999 – v.u.)<sup>15</sup>

Outros acórdãos, nessa linha, determinaram o julgamento do autor do fato pelo Tribunal do Júri porque estava dirigindo sem a devida habilitação. Assim sendo, para esses julgados, se o agente dirigiu, sem possuir autorização legal para tanto, ciente de sua inaptidão para a condução do automóvel, por certo assumiu o risco da ocorrência do resultado, sendo portanto, absolutamente indiferente ao bem jurídico vida humana.

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu o dolo eventual em caso no qual o agente dirigia embriagado, sem portar a Carteira Nacional de Habilitação:

DELITO DE TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. Deficiente físico que dirige automóvel não adaptado à sua condição, embora inabilitado, e, em alta velocidade, após derrapagem, colhe criança nas proximidades do cordão da calçada, assume alto risco do resultado morte produzido. Apelo improvido.<sup>16</sup>

Caso o agente conduza o veículo de forma perigosa, por exemplo, ultrapassando pela direita, dirigindo com cansaço físico, invadindo preferencial, conduzindo na contramão ou realizando derrapagens propositas, alguns tribunais já reconhecem o dolo eventual por estes elementos de prova, embora admitindo que os acidentes de trânsito em regra são culposos.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – DELITO NO TRÂNSITO – DOLO EVENTUAL – CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS – PRONÚNCIA – JUÍZO ACUSATÓRIAS – ADMISSIBILIDADE – Delitos causados por veículos nas vias públicas, em regra são culposos, não se excluindo o dolo eventual quando as circunstâncias indicarem conduta de risco que extrapola os limites da inobservância das normas de segurança do trânsito. Admissível o dolo eventual quando o condutor, em completo estado de embriaguez (27dg álcool por litro de sangue), dirige caminhão que transporta toras de eucalipto e, ciente de defeito nos freios, imprime velocidade inadequada, realiza

ultrapassagem arriscada invadindo a pista contrária e colhe o coletivo, causando a morte de 14 pessoas. Pronúncia e juízo de admissibilidade da acusação; só se afasta a classificação pelo dolo eventual se os elementos probatórios forem sólidos e contundentes no sentido de que, embora previsível o resultado, o agente acreditou que poderia evitá-lo (culpa consciente). Recurso improvido.<sup>17</sup>

Por aí se vê que os tribunais de justiça concedem uma interpretação bastante ampla para a configuração do dolo eventual. Praticamente, da análise dos julgados supra, percebemos uma zona de identidade entre as infrações administrativas de trânsito e o dolo eventual. Melhor explicando, para os nossos desembargadores, aquele que dirige embriagado, com excesso de velocidade, praticando manobras incompatíveis ao local ou sem portar permissão ou habilitação para dirigir, está assumindo o risco da ocorrência do resultado morte e, portanto, deverá responder pelo crime de homicídio doloso.

Será, porém, que sempre que o agente pratica a conduta diante de uma dessas particularidades estamos autorizados a elaborar tal raciocínio? Cremos que não!

Primeiro, como já expresseo no início deste artigo, porque o Direito não é uma ciência cartesiana, na qual diante de uma dada fórmula estaremos sempre diante de um mesmo resultado. Em segundo plano porque, se assim o fosse, assumir a direção do volante já seria o bastante para a caracterização do dolo, estando o agente naquelas condições.

Afora isso, não basta a mera representação da possibilidade de ocorrência do resultado. É preciso que o agente a ele seja indiferente. Esclarecemos que o presente escrito não tem por objetivo a defesa dos agentes causadores de acidentes de trânsito, tampouco quer que seja declarada a impunidade desses condutores. Nosso objetivo é apenas que não se desvirtuem premissas básicas da Ciência Penal, no enquadramento da conduta dos causadores destes delitos.

O grande problema para os aplicadores do Direito que consideram essas condutas crimes dolosos contra a vida é que, nesses casos a pena imposta a título de culpa é ínfima e, portanto, desarrazoada, em cotejo à lesão causada. Tudo não passa de mais uma manifestação do Movimento de Lei e Ordem, voltado para o endurecimento do sistema repressivo. Tem-se visto, no entanto, que na maioria dos casos, os aumentos de pena nunca funcionaram como forma de evitar a criminalidade. Noutras vezes, a lei incide apenas em determinados casos, de acordo com os próprios meios de controle social.

André Luís Callegari, em excelente artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, oferece-nos boa alternativa para o equacionamento dessa problemática.

O nosso direito penal é da culpabilidade e, culpabilidade nada mais é do que censurabilidade, reprovabilidade, juízo de pura censura e reprovação sobre a conduta do réu. Então, quanto mais censurável for a conduta do réu (embriaguez, excesso de velocidade, número de vítimas), maior poderá ser a reprimenda penal imposta pelo juiz ao aplicar a pena, dentro do delito culposo, ou seja, se a conduta do réu for extremamente censurável, aplica-se a pena máxima do delito culposo, não se falando, nesse caso, em dolo eventual. A pena aplicada é do delito culposo, devendo ser dosada de acordo com a culpabilidade do acusado.<sup>18</sup>

Não se deve, por influência da mídia, reconhecer qualquer alteração significativa na estrutura da teoria do crime, apenas para mandar alguém a júri.<sup>19</sup> É bom lembrar que o Direito Penal, durante muito tempo, serviu como puro instrumento de vingança e terror. Pouco importava para a configuração do crime o elemento subjetivo, se o agente agiu com dolo ou culpa, bastando para tanto que tivesse dado causa ao resultado danoso. As duras penas, durante o período iluminista, a Ciência Penal ganhou contornos humanísticos, dos quais não podemos abrir mão.

Creemos que o raciocínio ora desenvolvido encontra plena consonância com a doutrina do garantismo penal, elaborada pelo professor Luigi Ferrajoli, na sua obra *Direito e Razão*, em especial quando trata do Direito Penal mínimo e máximo. Para o professor italiano, está claro que o Direito Penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado, não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza.

Assim, deverá resultar afastada a imputação de responsabilidade penal, sempre que sejam vagos ou indeterminados seus pressupostos. Um Direito Penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis. Para esse jusfilósofo, uma norma de limitação do modelo penal minimalista informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*. Este princípio não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de excluir ou de atenuar a imputação penal, nas hipóteses em que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. O mesmo se diga da presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, do ônus da prova a cargo da acusação, do princípio *in dubio pro reo*, da absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e por outro lado, da analogia *in bonam partem*, da interpretação restritiva de tipos penais e da extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica.<sup>20</sup> Em face do exposto, tratando-se de questão puramente subjetiva, em caso de dúvida, o agente deverá ser enquadrado no crime de homicídio culposo no trânsito.

Por seu turno, o paradigma do Direito Penal máximo, ou seja, incondicionado, ilimitado e imprevisível, caracteriza-se, além de sua excessiva severidade, pela incerteza das condenações e das penas. Configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente, em face da ausência de parâmetros pré-determinados de convalidação ou anulação.<sup>21</sup>

#### 4 CONCLUSÃO

Já é chegado o momento dos nossos tribunais adotarem atitude mais autônoma e coerente em matéria de crimes de trânsito. O papel da mídia é importante para mostrar à sociedade que o problema existe e precisa ser bem equacionado. O que não se admite é que as decisões judiciais sejam adotadas como forma de atender os reclamos da imprensa sensacionalista, em completo descompasso aos postulados da teoria do crime.

O legislador precisa tomar conhecimento de que se dependêssemos apenas de leis para o desenvolvimento do Brasil, já estaríamos no Primeiro Mundo. O índice de mortes no trânsito não diminuirá apenas com a adoção dessa gama de normas de maior rigor punitivo. Para tal, faz-se necessário um conjunto de ações do Poder Executivo, no sentido de proporcionar a educação no trânsito para todos, por intermédio de medidas eficazes.

Outrossim, como vimos, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente reside num aspecto puramente subjetivo, e que depende do contexto da análise probatória. Em caso de incerteza sobre a indiferença ou não do agente em relação à ocorrência do resultado, caberá ao tribunal enquadrar o agente no homicídio culposo, fazendo valer, desse modo, o benefício da dúvida: *in dubio pro reo*.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIASOTTI, Carlos. *Morte no trânsito: homicídio doloso?* São Paulo: Etina, 1996. (Temas atuais de advocacia criminal.)
- BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. I.
- CALLEGARI, André Luís. Dolo eventual, culpa consciente e acidentes de trânsito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 191-197, jan./mar. 1996.
- FERRAJOLI. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 10, n. 38, p. 143-153, abr./jun. 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1970.

WUNDERLICH, Alexandre. *O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada*. Disponível em [www.jusnavigandi.com.br/doutrina](http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina). Acesso em 07.11.2005.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

---

<sup>1</sup> WUNDERLICH, Alexandre. *O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada*. Disponível em <[www.jusnavigandi.com.br/doutrina](http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina)> Acesso em 07/11/2005.

<sup>2</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 230.

<sup>3</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral, volume 1*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 229.

<sup>4</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1970, p. 93.

<sup>5</sup> “Art. 18. Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre, Fabris, 1988, p.61.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>8</sup> José Frederico Marques esclarece, com a argúcia que lhe é peculiar, que no dolo eventual o agente prevê o resultado como possível e o admite como consequência de sua conduta, muito embora não queira propriamente atingi-lo. O dolo eventual está nos limites em que se confina com a culpa; por isso,

muita semelhança e pontos de contato existem entre dolo eventual - ponto extremo do dolo na degradação volitiva – e a culpa consciente - forma avançada da culpa na gradação da previsibilidade. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 259.

<sup>9</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, p. 306.

<sup>10</sup> “Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor

Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obterá permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

<sup>11</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 173.

<sup>12</sup> O Professor Eugenio Raúl Zaffaroni, ao discorrer sobre dolo eventual, cita vários casos para esclarecer o assunto. Segundo o mestre argentino, quem incendeia um campo para cobrar um seguro, sabendo que neste local mora uma família, e fazendo a representação da possibilidade da morte deles, aceita a sua ocorrência e, portanto, age com dolo eventual, ainda que não deseje o resultado. Também o condutor de um caminhão que o deixa estacionado numa estrada, sobre a pista de rolamento, em uma noite de nevoeiro e sem iluminação, age à custa da produção de um resultado lesivo, com dolo eventual de homicídios e danos. Para ele, o limite entre o dolo eventual e a culpa consciente é um terreno movediço, embora mais do campo processual do que no penal. Conclui que o limite dessa distinção é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. Sem embargo do brilhantismo do autor, entendemos que, para a caracterização do dolo eventual, pelo menos segundo a legislação pátria, além da aceitação da possibilidade do resultado, faz-se necessária a anuência do agente. (ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 475).

<sup>13</sup> BIASOTTI, Carlos. *Morte no trânsito: homicídio doloso?*. Temas atuais de advocacia criminal. São Paulo: Etina, 1996, p. 96.

<sup>14</sup> TJRS – RSE 70003230588 – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Danúbio Edon Franco – J. 18.04.2002.

<sup>15</sup> TJSP – RSE 249.097-3 – São Paulo – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Geraldo Xavier – J. 28.04.1999.

<sup>16</sup> TJRS. Apelação Crime n. 694038860. 3ª Câmara Criminal. Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto. J. em 29.09.94.

<sup>17</sup> TJRS. RSE 70003504610. 3ª C.Crim. Rel. Desª. Elba Aparecida Nicolli Bastos. J. 14.03.2002.

<sup>18</sup> CALLEGARI, André Luís. Dolo eventual, culpa consciente e acidentes de trânsito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 197.

<sup>19</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 38, abr./jun. 2002, p. 148.

<sup>20</sup> FERRAJOLI. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 83-84.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 84.

## OUTLINES ON CULPABILITY IN TRAFFIC CRIMES

### ABSTRACT

Brief study on the subjective element in traffic crimes, aiming at clarifying the differences between the

different degrees of culpability, mainly taking into account judgements defining that persons act knowingly in some traffic crimes which result in the death of someone.

**KEYWORDS:** Traffic crimes. Intention and knowingness. Recklessness and negligence.

## QUESTIONS SUR LE DOL ÉVENTUEL ET LA FAUTE CONSCIENTE DANS LES INFRACTIONS AU CODE DE LA ROUTE

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'une brève étude sur l'élément subjectif dans les contraventions au code de la route. L'objectif est d'éclaircir les différences entre le dol éventuel et la faute consciente, surtout en ayant comme paramètres les décisions judiciaires ayant comme fondement l'intention dans certains infractions au code de la route qui produisent comme résultat la mort.

**MOTS-CLÉS:** Infractions au code de la route. Dol éventuel. Faute consciente.

# VENDA DIRETA DE VEÍCULOS PELOS FABRICANTES: ILEGALIDADE DA CONCORRÊNCIA VERTICAL ENTRE CONCEDENTE E REDE CONCESSIONÁRIA

Gladston Mamede\*

1 O automóvel no Brasil. 2 Contrato de concessão comercial de distribuição de veículos. 3 Especialização e tipificação. 4 Lei n. 6.729, de 28 de novembro de 1979. 5 Contratos coletivos. 6 Padrão hermenêutico. 7 Canais de distribuição. 8 Cessão onerosa de vantagem mercantil. 9 Concorrência entre distribuidor e produtor. 10 Conclusão.

## RESUMO

A Lei n. 6.729/79, com as alterações efetuadas pela Lei n. 8.132/90, tipifica o contrato de concessão comercial de distribuição de veículos, aqui analisado como base para o estudo de uma situação específica: a possibilidade de o produtor concorrer com os concessionários que compõem a sua rede distribuidora (concorrência vertical), destacando-se os efeitos deletérios dessa prática sobre as empresas concessionárias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei 6.729/79. Lei n. 8.132/90. Contrato de concessão comercial de distribuição de veículos. Concorrência vertical. Empresa. Estabelecimento empresarial.

## 1 O AUTOMÓVEL NO BRASIL

O primeiro veículo automotor chegou ao Brasil no final do século XIX: um carro movido a vapor, para dois lugares, que trazia fornalha, caldeira e chaminé, fora importado por Henrique Santos Dumont (irmão de Alberto, inventor do avião): um *Daimler* inglês, de patente alemã, que atraía a atenção de multidões na cidade de São Paulo, em 1893. Em 1897, no Rio de Janeiro, era José do Patrocínio, famoso abolicionista, quem surpreendia a todos dirigindo um outro veículo a vapor, este francês. Em Petrópolis, já em

---

\* Bacharel e doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Titular do Centro Universitário Newton Paiva (Belo Horizonte-MG). Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Autor do Manual de Direito Empresarial e da coleção Direito Empresarial Brasileiro (5 volumes), pela Editora Atlas.

1900, Fernando Guerra Duval fez circular o primeiro veículo com motor a explosão: um *Decauville* de 6 cavalos, movido a benzina.<sup>1</sup> São, porém, exemplos isolados. Somente a partir de 1904, o Brasil passou a importar veículos automotores em volume representativo. Aliás, importação que foi crescendo progressivamente, ao ponto de, em 1919, Henry Ford, fundador da *Ford Motor Company*, ter-se decidido pela criação de uma filial no Brasil, com capital inicial de US\$25.000,00. As atividades começaram em 1º de maio, num prédio alugado na rua Florêncio de Abreu, São Paulo, onde empregados montavam automóveis *Modelo T*, que eram importados dos Estados Unidos em caixotes. O sucesso do empreendimento foi imediato, forçando uma pronta mudança para um novo endereço (um antigo ringue de patinação na Praça da República, em São Paulo) e, logo em seguida, à construção de uma sede própria, localizada na Rua Sólon, 809, Bairro Bom Retiro, em São Paulo. Inaugurada já em 1921, a fábrica seguia o modelo de linha de produção idealizado por Henry Ford, com capacidade de produção de 4.700 automóveis e 360 tratores por ano. Mais uma vez, um sucesso. Em 1924, foram comercializadas quase 17 mil unidades; em 1925, 24.250 unidades do *Modelo T*, vendidas por agentes instalados nas principais cidades do país. Este sucesso chamou a atenção de outra montadora norte-americana, a *General Motors* – GM, que se instalou no país em 1925, num prédio alugado no Bairro Ipiranga, também em São Paulo, iniciando, em 1927, a construção de uma fábrica na cidade paulista de São Caetano do Sul, concluída em 1930.<sup>2</sup>

A crise econômica dos anos 1930, em primeiro lugar, e a II Grande Guerra, nos anos 1940, em segundo, abalam o mundo e o mercado de automóveis, mas os anos 1950 experimentam uma retomada significativa de crescimento. No Brasil, foi criada uma empresa estatal, a *Fábrica Nacional de Motores* – FNM (ou, como se popularizou, *Fenemê*), para produção de caminhões pesados. Em 1953, *Volkswagen*, *Mercedes-Benz* e *Willys-Overland* instalavam-se no país, sendo que, em 1955, a produção brasileira já respondia por 25% dos 2,7 milhões de veículos que estavam, então, em circulação. Esse percentual ampliou-se no governo de Juscelino Kubitschek de Oliveira que fechou o mercado à importação por meio da fixação de taxa de câmbio e de racionamento cambial para produtos automotivos, além de exigir que as montadoras aqui instaladas atingissem um percentual de 95% de nacionalização dos veículos produzidos, o que as tornaria aptas a merecer incentivos financeiros.<sup>3</sup>

Essa tendência de expansão será cadenciada nos anos 60, quando a vitória do golpe militar de 1964 levou à implementação de um plano de austeridade econômica, agravado por um controle de preços estabelecido em 1965. Nesse quadro, muitas montadoras simplesmente sucumbiram: a *Vemag*, que disputou a terceira colocação em volume de vendas com a *Ford* entre 1963 e 1965, foi incorporada pela *Volkswagen* em 1967; a *International Harvester* e a *Simca* foram incorporadas pela *Chrysler do Brasil* (em 1978, a própria *Chrysler do Brasil* foi absorvida pela *Volkswagen*); a *Willys-Overland*,

que produzia veículos com tecnologia *Renault*, foi adquirida pela *Ford do Brasil* em 1969; a *Fábrica Nacional de Motores – FNM* foi incorporada pela *Alfa Romeo*, em 1968, e esta, por seu turno, absorvida pela *Fiat*, em 1976, ano em que a montadora italiana inaugurou sua fábrica em Minas Gerais. Alguns anos depois, as empresas que restaram beneficiaram-se do chamado milagre econômico dos anos 1970. Mas foi movimento de pequena duração. A artificialidade do fenômeno econômico engendrado pela ditadura militar fez com que o país, e o mercado fornecedor automobilístico enfrentassem, uma década depois, a crise dos anos 1980. Para se ter uma adequada dimensão dessa crise, a produção nacional de veículos chegou a cair assustadores 30,7% entre 1979 e 1980.<sup>4</sup>

Nos anos 1990, todavia, novo quadro de expansão se verifica, com a adoção do Regime Automotivo Brasileiro, voltado para alterar e ampliar o parque automotivo nacional, descentralizando-o, com instalação de unidades produtivas em São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Bahia e Goiás. As empresas instaladas no país multiplicam-se: *Agrale S/A*, *Fiat Automóveis S/A*, *Ford Motor Company Brasil Ltda*, *General Motors do Brasil Ltda*, *Honda Automóveis do Brasil Ltda*, *International Caminhões do Brasil Ltda*, *Iveco Mercosul Ltda*, *Karmann-Guia do Brasil Ltda*, *Daimler-Chrysler do Brasil Ltda*, *Peugeot Citroën do Brasil S/A*, *Renault do Brasil S/A*, *Scania Latin America Ltda*, *SC – John Deere S/A*, *Toyota do Brasil Ltda*, *Volkswagen do Brasil Ltda*, *Volvo do Brasil Veículos Ltda*. Em 1997, o volume anual de veículos produzidos alcança 2,069 milhões (126% a mais que em 1990) e, em 2000, o Brasil estava respondendo por 2,9% da produção anual de veículos automotores (1,671 milhões de veículos produzidos; inferior, portanto, à produção de 1997). Um percentual de participação na produção, aliás, assemelhado ao percentual da participação dos veículos existentes no país (20,754 milhões, no final dos anos 90) na frota mundial, estimada em 715 milhões de unidades. Isso conduz a uma média de um veículo para cada 8,2 habitantes no país, média muito inferior à norte-americana, que é de um veículo para cada 1,3 habitante. Nesse contexto, quatro grandes empresas dominam o mercado nacional: *Fiat Automóveis S/A*, *Ford Motor Company Brasil Ltda*, *General Motors do Brasil Ltda* e *Volkswagen do Brasil Ltda*. Para se ter uma idéia, em 2000, seu volume conjunto de vendas representou aproximadamente 83% do total, restando 17% para as demais montadoras.<sup>5</sup>

Luiz José Pimenta ainda faz um interessante levantamento sobre a história daqueles que se encarregaram da venda de veículos no país, chegando à conclusão de que “a história da rede de concessionários no Brasil se confunde com a da indústria automobilística”, sendo que, “apesar de a rede de concessionários de automóveis ter-se consolidado somente com o início da produção de veículos”, que ocorreu na segunda metade da década de 1950, “desde 1904 os automóveis que desembarcavam no país já eram comercializados por agentes, localizados nos centros urbanos mais desenvolvidos”:

Os agentes eram nomeados pelos fabricantes localizados no exterior, com a finalidade de comercialização de seus automóveis, nascendo daí a figura do concessionário autorizado. Eles funcionavam como representantes das fábricas, recebendo pedidos, agilizando documentação, oferecendo garantia no ato da compra e atendendo à demanda no ritmo possível.<sup>6</sup>

Esses agentes concessionários foram se avolumando. Em 1966, quando foi criada a Associação Brasileira dos Distribuidores de Veículos Automotores – ABRAVE, eram filiados 2.183 revendedores autorizados em todo o país, cobrindo todos os estados da Federação. Como se não bastasse, havia um grande número de empresas paralelas, estabelecendo uma competição predatória, em muito justificada pelas vantagens ilícitas da informalidade, o que conduziu à aprovação da Lei 6.729/79, chamada *Lei Renato Ferrari*, estabelecendo normas de conduta para os revendedores concessionários.<sup>7</sup>

Para os revendedores de automóveis, os anos 1990 marcam alterações significativas, narra Grande; até então, a indústria tivera pouca preocupação com a distribuição de seus produtos, o que se explica em parte pela demanda maior que a oferta. Todavia, a partir de meados daquela década, mudanças no mercado intensificaram a competição, nomeadamente em face do surgimento de um maior número de marcas, a retração da demanda de carros novos, além do surgimento de *novos atores*, a exemplo das cadeias especializadas em serviços de manutenção, *sites* de venda de veículos. Como se não bastasse, ainda há que se considerar “o aumento da confiabilidade dos veículos que se reflete na menor necessidade de manutenção”,<sup>8</sup> o que também se traduz numa dificuldade extra para os concessionários, na manutenção de seu negócio e na realização de seu papel estratégico e fundamental para a indústria automobilística e para a sociedade em geral.

Considerando somente as redes de concessionárias de automóveis novos, há cerca de 2.200 concessionárias, em sua maioria pequenas e médias empresas de atuação local. Segundo a Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores (FENABRAVE) a venda de carros novos foi, e ainda é, a principal fonte de lucro das concessionárias. [...] As redes de concessionárias enfrentam problemas financeiros. Devido ao aumento da concorrência no mercado de automóveis no país, as redes de concessionárias têm sido pressionadas para reduzir as margens de lucro na comercialização de carros novos, sua principal fonte de receita. Além disso, o nível de conflito horizontal na rede é alto: existe muita competição entre as vendas da mesma marca, o que acaba aprofundando a descapitalização de pequenas e médias vendas. Junte-se a isso o fato de que os concessionários sofrem forte concorrência das oficinas e do setor de reposição independentes. Segundo Arbix e Veiga (2000) a rentabilidade

do setor vem diminuindo e já atingiu índices inferiores ao da própria cadeia automotiva.<sup>9</sup>

É este o contexto social e econômico do presente estudo.

## 2 CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL DE DISTRIBUIÇÃO DE VEÍCULOS

A existência de conflitos e problemas no sistema de distribuição de veículos levou o Estado a editar, em novembro de 1979, a Lei n. 6.729, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Para a elaboração do anteprojeto foi convidado o jurista Renato Ferrari, razão pela qual a norma passou a ser conhecida como *Lei Renato Ferrari* ou, simplesmente, *Lei Ferrari*. Essa norma determina que a distribuição efetive-se por meio de *concessão comercial* entre *produtores* e *distribuidores*, concessão esta que é disciplinada pela própria Lei n. 6.729/79, com as alterações nela inseridas pela Lei n. 8.132/90, bem como por convenções estabelecidas entre *produtores* e *distribuidores*, no que não contrariem a lei.

O *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos* é espécie jurídica do contrato de distribuição que é nomeado no Capítulo XII (*Da Agência e Distribuição*) do Título V (*Dos Contratos em Geral*) da Parte Especial do Código Civil. Apenas nomeado, creio e friso. Os artigos 710 a 721, que compõem o citado Capítulo XII, tipificam, a bem da precisão jurídica, o *contrato de agência*, gênero negocial do qual a *representação comercial*, regulado pela Lei n. 4.866/65 (com as alterações feitas pela Lei n. 8.420/92) é uma espécie.<sup>10</sup> A diferença essencial está na definição do contrato de agência (e apenas deste), colocada no artigo 710 do Código Civil:

Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Note que o legislador referiu-se exclusivamente ao contrato de agência, omitindo-se na definição do contrato de distribuição. A diferença essencial está no fato de que o agente (e, via de consequência, o representante comercial) é pessoa que atua *à conta de outra*, o proponente (o representante). A *atuação à conta de outrem* opõe-se, por óbvio, à *atuação por conta própria*, quando a pessoa assume, em sua empresa, todos os elementos da operação mercantil: estabelecimento mercantil (o complexo organizado para o exercício da empresa, na dicção do artigo 1.142 do Código Civil), pessoal,

compra da mercadoria para revenda (na prestação de serviços, compra dos insumos para prestar, ele próprio, o serviço).

No contrato de agência (e de representação mercantil) há atuação à conta de outrem. Já no contrato de distribuição, essa atuação à conta de outrem é facultativa, sendo que o habitual é haver atuação em conta própria, como exemplificam as relações entre distribuidores e revendedores de combustíveis, bem como o *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos*, ora examinado. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, recusou compreender o *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos* como espécie de *contrato de representação comercial* (ou *contrato de agência*, tomando-o pelo gênero). O Ministro José Delgado, no voto proferido no julgamento do Recurso Especial 739.201/RS, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça,<sup>11</sup> reiterou a posição constante de diversos precedentes da Primeira Seção daquela Corte, no sentido de que “na atividade da concessionária ocorre duas vendas, uma da montadora para ela e outra desta ao consumidor final.” Mais especificamente, os magistrados frisaram que o concessionário “adquire os produtos da concedente e os revende, obtendo uma margem de lucro, com a qual atende suas despesas operacionais.” O voto ainda suplementa: “Com efeito, temos a transmissão econômica do produto da fabricante à concessionária, sendo que esta assume todos os riscos inerentes ao negócio próprio, inclusive o de não conseguir vender os carros – e não há cláusula prevendo a devolução. Típica operação de revenda, portanto.” Não foi só. Entre os fundamentos elencados para tal conclusão, ressaltou-se a *real posição* do concessionário frente a seus clientes:

Estes, como consumidores, firmam contrato com a concessionária, cabendo a esta responder por todos os seus termos, como prazos de entrega, atributos dos veículos, garantias, orientações, e outros. [...] Portanto, a concessionária posta-se em tudo como a verdadeira responsável pela mercadoria vendida. Podendo, se for o caso, agir regressivamente contra a fábrica, em hipótese de responsabilidade desta.

De outra face, é preciso reconhecer que, na sua condição de espécie do gênero *contrato de distribuição*, o *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos*, ora examinado, avizinha-se muito ao contrato de franquia empresarial (*franchising*), que merece uma tipificação incipiente pela Lei n. 8.955/94. Aliás, os autores que cuidam da franquia empresarial comumente listam entre os precedentes do instituto a política de distribuição adotada pela *General Motors*, no ano de 1889, utilizando de um processo de autorização do uso da marca e de distribuição dos produtos como forma de expansão dos negócios.<sup>12</sup> Tanto assim que Gabrich destaca que tal iniciativa *concessão comercial de venda com exclusividade*, originária do direito europeu, e que teria, por seu turno, raízes históricas nas cidades italianas do Medievo.<sup>13</sup> Esse quadro é reconhecido, aliás, por Grande:

Grosso modo, o sistema de distribuição de veículos ocorre através de redes de franquias independentes e exclusivas de cada marca que integram, num mesmo lugar, as funções de vendas de carros novos, vendas de carros usados, distribuição de peças de reposição, serviços de assistência técnica e financiamento.<sup>14</sup>

A percepção de tratar-se de uma rede de franquias é essencial para sublinhar um aspecto relevante do negócio. Em primeiro lugar, não se pode desprezar o aspecto conceitual, fortemente atrelado à formação etimológica da palavra franquia.<sup>15</sup> Traduz uma relação entre dois pólos, um dos quais tendo determinado poder (um direito, uma faculdade) que ao outro interessa; o franqueador, destarte, dá ao franqueado uma licença, uma autorização, uma permissão. O instituto, portanto, traz implícita a idéia de uma concessão, de um licenciamento, de uma permissão. Mais do que isso, uma cessão de vantagem mercantil (*goodwill of trade*); é esse o objeto específico que, estando no poder do franqueador, tem o seu acesso franqueado a um terceiro; têm-se relações econômicas e jurídicas cujo pano de fundo é a busca por uma vantagem comercial, o acesso a uma vantagem comercial, acesso esse que é franqueado pela montadora, que sobre ela exerce titularidade, mas que passa a estar contratualmente – e legalmente, em face da Lei n. 6.729/79 – a garantir o seu gozo (*ius fruendi*) pelo distribuidor.

### 3 ESPECIALIZAÇÃO E TIPIFICAÇÃO

Embora seja correto afirmar ser uma espécie do gênero *contrato de distribuição*, o *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos* tem não apenas expressão própria, mas tipificação exclusiva, inscrita na Lei n. 6.729/79. O tipo, no Direito, é uma estrutura conceitual de um fato hipotético. O legislador desenha tal estrutura com o objetivo de limitar os casos que corresponderão a determinada previsão. Assim, os *tipos penais* são comportamentos hipotéticos previstos em lei (a essa previsão, dá-se o nome de tipificação) que, uma vez verificando-se num fato em concreto, dá azo à aplicação da consequência legalmente estabelecida. Trata-se, portanto, de um paradigma dado em abstrato, um molde ou modelo, cuja função é dar um limite de aplicação jurídica: submetem-se às consequências legais aqueles atos e fatos que correspondem à estrutura conceitual hipotética, o que permite tanto orientar as pessoas para a realização de seus atos (mantendo-os lícitos, antevendo suas consequências, reconhecendo-se aqui a segurança que é inerente à previsibilidade jurídica), assim como permitindo a solução de controvérsias havida entre as partes envolvidas no fato, mormente no âmbito do Direito Contratual.

O tipo, nesta direção, é uma baliza, uma referência, para o intérprete/aplicador, considerando-se que a determinação legal pressupõe um fato específico, que é previsto, em abstrato, na norma jurídica. Essa minha defini-

ção tem, por certo, o defeito de ser excessivamente ampla; mas justifico o defeito pela necessidade de não adentrar em preciosismos teóricos que serão aqui inúteis, como, igualmente, atender às necessidades de exploração das possibilidades do dispositivo ora comentado. Seria o caso de distinguir, como faz Vasconcelos, o *tipo legal* do *conceito geral abstrato*, seja ele classificatório (possibilitam o juízo de inclusão ou de exclusão da situação na previsão) ou ordenador (permite a ponderação das qualidades do objeto).<sup>16</sup> Assim, é um *conceito geral abstrato classificatório* (e não um tipo) a expressão *sociedade que dependa de autorização do Poder Executivo*, anotada no artigo 1.123 do Código Civil: a partir deste, incluem-se algumas pessoas jurídicas, excluem-se outras. Já o artigo 1.184 do Código Civil, ao referir-se à *clareza* como requisito da escrituração contábil, utiliza-se de um *conceito geral abstrato ordenador*; o mesmo, viu-se há pouco, passa-se com o artigo 423 do mesmo Código, em relação aos conceitos *ambíguo* e *contraditório*, cuja aferição no caso concreto implica a aplicação da regra do *favor adhaerentis*: a interpretação mais favorável ao aderente no contrato de adesão.

Havendo um tipo legal, a operação de interpretação/aplicação do direito passa pela verificação de dois pontos específicos: subsunção e isomorfia. A subsunção é operação prejudicial, traduzindo a investigação sobre a aplicabilidade, ou não, de uma norma a um determinado fato; é a primeira preocupação do intérprete/aplicador: verificar que norma se aplica ao caso. Identificada a norma (subsumindo-se o fato à determinada norma jurídica), passa-se à verificação da existência, ou não, de isomorfia, o que implica aferir se os elementos essenciais do fato em concreto (o núcleo da ação ou da ocorrência) mantém relações biunívocas com uma previsão normativa típica.<sup>17</sup> Se há isomorfia, aplica-se a determinação legal correspondente ao tipo; se não há isomorfia, não se aplica.

No âmbito do Direito Privado, mais especificamente, do Direito Contratual, consideram-se contratos típicos (também chamados de *contratos nominados*) aqueles cuja estrutura está legalmente desenhada, ou seja, aqueles que mereceram do legislador uma tradução normativa, desenhando um paradigma jurídico positivado para orientar a realização, em concreto, dos negócios, bem como para referenciar a solução de controvérsias que surjam entre as partes. Os exemplos são muitos, como a compra e venda, cuja estrutura está anotada nos artigos 481 a 532 do Código Civil, o mandato, tipificado pelos artigos 653 a 692 do mesmo Código Civil, ou o contrato de franquia, cujo modelo abstrato foi tipificado pela Lei n. 8.955/94. Atípicos, em contraste, são os contratos que não encontram regência legal específica, a exemplo do contrato de faturização (*factoring*). Note-se que a tipificação contratual pressupõe uma definição ampla do contorno, *in abstracto*, do negócio jurídico. Seus elementos centrais e fundamentais são, assim, dispostos em lei, como se pode verificar nos exemplos citados, pelas respectivas referências legislativas. Não há tipificação quando se tenha mera nomeação legal de um contrato, ou seja, quando o legislador simplesmente se refira a

ele, sem se ocupar dos elementos que definam uma estrutura conceitual hipotética que lhe corresponda, a exemplo da locação em *shopping center* que, não obstante seja mencionada pela Lei n. 8.245/91 (Lei do Inquilinato), em seus artigos 52 e 54, não foi ali tipificada. A referência ali feita interpreta-se como um *conceito geral abstrato classificatório*.

Obviamente, a tipificação reflete um processo de análise dos fenômenos particulares que se reiteram, para deles retirar um núcleo comum, geral, um modelo que, repetindo-se, permite aproveitamento jurídico, mormente diante da ocorrência de dúvidas e controvérsias. Não me passa despercebido que tipificar pode ser um processo artificial, uma cunhagem meramente conceitual de modelos hipotéticos sem reflexo na realidade; o legislador pode, sim, criar por lei um tipo contratual que jamais se viu, desenvolvido por especialistas visionários, almejando determinados resultados. Não é o que comumente acontece, todavia. Habitualmente, o processo de cunhagem dos tipos contratuais se faz como uma tradução da experiência reiterada, permitindo apurar os elementos que, sendo usuais, orientarão a solução de problemas que se apresentem nas relações jurídicas dadas em concreto. Como se não bastasse, é um processo de estabilização jurídica que, por certo, retira das relações jurídicas negociais de sua dinamicidade para submetê-las a uma referência estática (inscrita em lei); mas é justamente o princípio hospedado pelo artigo 425 que garante a preservação de um espaço de dinamicidade contratual, pois a licença para a atipicidade, no contorno que se estudará abaixo, implica permissão para variações e inovações (diriam os romanistas, espaço para interpolações), fazendo com que haja na realidade negocial uma *pars nova*, tradutora do impulso humano - individual e social - em busca do desenvolvimento.

Todavia, compreender a estabilização da estrutura contratual usual, pela legiferação de um tipo correspondente, como mero processo de tradução do usual em lei, não dá ao fenômeno uma descrição fidedigna. A construção do tipo legal não é mera conversão do *consuetudo* em *ius scriptum* (direito escrito); não é simples positivação conforme a tradição jurídica dos países que seguem o direito latino. É bem mais. O *consuetudo*, sabe-se, é o conjunto dos costumes, isto é, dos usos velhos (*usus vetus*) aos quais se atribui o valor e a prática social de regras jurídicas, mesmo sem haver norma (em sentido estrito: lei); é o longo decurso do tempo, permitindo aferir que aquela prática corresponde à vontade da sociedade, mesmo que para tanto não haja lei, que lhe dá forma (*quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit*). Não é apenas o que é costumeiro, portanto, mas o que, ademais, é tido como devido numa *tipicidade social* ou num conceito genérico abstrado sem existência social. Não é, portanto, uma norma meramente moral (*mos*), mas um núcleo específico dessa moral (*mores maiorum*) que não pode ser desconhecido pelo legislador. A legiferação de um tipo pode traduzir, igualmente, intervenção estatal no domínio dos costumes, da prática social (a *praxis* - *práxis*), alterando pontos específicos, no exercício da soberania

do Estado e na busca da obtenção das metas ordenadoras que permitem o desenvolvimento econômico e social do país. *Tipificar*, portanto, pode significar *ordenar*, *classificar*, *disciplinar*.

De qualquer sorte, não se pode negar à tipificação – à edição de normas tipificadoras – o caráter de manifestação da soberania social e, ademais, de intervenção pública (estatal) no domínio privado. Essa intervenção pode dar-se pela edição de normas de respeito obrigatório, determinações que visam disciplinar os negócios, exigindo-lhes determinadas características, detalhes; o artigo 757, parágrafo único, do Código Civil, por exemplo, principia a tipificação do contrato de *seguro* estabelecendo que somente pode ser parte, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada. Já o artigo 841 do mesmo Código, ao tipificar a *transação*, só lhe permite quanto a direitos patrimoniais de caráter privado. Mas essa intervenção pode dar-se, igualmente, pela simples estipulação da regra geral, aquela que será aplicável quando as partes não disponham de outra forma, lembrando-se que o mais comum são as contratações sem instrumento e, portanto, sem ressalvas específicas. Essa disposição de uma regra geral excepcionável pode dar-se de duas formas, a primeira das quais não oferecendo grandes desafios para o jurista: a expressa previsão legal de que a regra comporta exceção. Exemplifico o artigo 713 do Código Civil, inscrito no âmbito das normas tipificadoras do contrato de agência e distribuição, estabelecendo que, *salvo ajuste*, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência. Cite-se, ainda, o artigo 530 do Código, inscrito no âmbito das normas tipificadoras do contrato de *compra e venda* (mais especificamente, da *venda sobre documentos*), estatuinto que, *não havendo estipulação em contrário*, o pagamento deve ser efetuado na data e no lugar da entrega dos documentos.

#### 4 LEI N. 6.729, DE 28 DE NOVEMBRO DE 1979

O *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos* está tipificado pela Lei n. 6.729/79, *alias dicta Lei Ferrari* ou *Lei Renato Ferrari*, com alterações introduzidas pela Lei n. 8.132/90. De acordo com os artigos 1º e 2º da Lei n. 6.729/79, são sujeitos do contrato, em pólos fixos, o *produtor* e o *distribuidor*. *Produtor* é “a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores”; pode também ser chamado, segundo o § 1º, “a”, do artigo 2º, de *concedente*. *Distribuidor* é “a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade”; o § 1º, “a”, do artigo 2º permite que seja também chamado de *concessionário*. Cuidadoso, o legislador ainda trouxe, nos incisos do artigo 2º da Lei n. 6.729/79, algumas definições complementares: (1) *Veículo automotor de via terrestre*: automóvel, caminhão, ônibus, trator, motocicleta e similares. Entende-

se por trator aquele destinado a uso agrícola, capaz também de servir a outros fins, excluídos os tratores de esteira, as motoniveladoras e as máquinas rodoviárias para outras destinações. (2) *Implemento*: máquina ou petrecho que se acopla o veículo automotor, na interação de suas finalidades. (3) *Componente*: peça ou conjunto integrante do veículo automotor ou implemento de série. (4) *Máquina agrícola*: a colheitadeira, a debulhadora, a trilhadeira e demais aparelhos similares destinados à agricultura, automotrizes ou acionados por trator ou outra fonte externa. (5) *Implemento agrícola*: o arado, a grade, a roçadeira e demais petrechos destinados à agricultura. Excetuam-se da Lei n. 6.729/79 os implementos e máquinas agrícolas que não sejam fabricados por quem se amolde à definição legal de produtor ou concedente, inscrita no inciso I do artigo 2º e acima transcrita. (6) *Serviço autorizado*: empresa comercial que presta serviços de assistência a proprietários de veículos automotores, assim como a empresa que comercializa peças e componentes.

Essas definições são essenciais para a compreensão do objeto do contrato, já que, na forma do artigo 3º da Lei n. 6.729/79, constitui objeto da concessão (1) a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor; (2) a prestação de assistência técnica a esses produtos, inclusive quanto ao seu atendimento ou revisão; (3) o uso gratuito de marca do concedente, como identificação. Tem-se, portanto, uma situação muito próxima do contrato de franquia de marca e produto (*product and trade name franchising*), forma mais elementar do contrato de franquia empresarial, no qual a vantagem (ou benefício) de mercado (*goodwill of trade*) cedida pelo concedente ao concessionário é a faculdade de vender determinado ou determinados bens e de prestar determinado ou determinados serviços, além de usar certa ou certas marcas e insígnias. Nada mais do que isso. A rede de franqueados (concessionários) sequer se apresenta com identidade única, além da ostentação da marca: empresas diversas, apresentando-se ao público com seus próprios nomes empresariais ou títulos de estabelecimento.

Fica claro, portanto, que os elementos essenciais do *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos* são os seguintes: (1) produtor/concedente; (2) distribuidor/concessionário; (3) acordo de vontades (*consensus*); (4) vantagem empresarial concedida, que é a prestação devida pelo produtor/concedente. Note-se que a remuneração do produtor/concedente não é elemento essencial do contrato, o que se justifica pelo fato de se subentender que ele irá se remunerar de forma indireta, a partir da venda de veículos automotores, implementos e componentes novos. No entanto, como se estudará na seqüência, para além desses elementos essenciais, que devem estar presentes em todas as contratações, é lícito estipular elementos acidentais que, destarte, marcam determinado negócio certo, embora não devessem estar obrigatoriamente presentes para que o ajuste atenda aos requisitos da tipificação legal.

Tomado por suas partes e pelo consenso, o *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos* não se especializa em relação ao *contrato de distribuição*, gênero a que pertence. O único elemento conceitual específico, neste nível, é a qualificação subjetiva (adjetivação) obrigatória do concedente, que deve ser *empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores*, segundo o artigo 2º, I, e do concessionário, que deve ser *empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade*. Mas não é marco distintivo que diga respeito à natureza do negócio, sendo incipiente na pretensão de definir uma unidade jurídica. Basta dizer que um *contrato de concessão comercial de produtos farmacêuticos* tem, obrigatoriamente, uma indústria farmacêutica na condição de produtor/concedente e uma empresa dedicada à comercialização de produtos farmacêuticos na condição de distribuidor/concessionário.

A especialidade do *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos* está, vê-se da Lei n. 6.729/79, justamente na minuciosa definição do objeto da concessão. Em fato, a tipificação legal alcança, aqui, particularidades dignas de dar-lhe a condição de espécie, distinguindo-o do gênero: o *contrato de distribuição*. Essa realidade não se afirma apenas no que diz respeito ao objeto genérico – distribuição de veículos automotores, de via terrestre, além de produtos afins, como anteriormente visto –, o que uma vez mais seria incipiente e não daria unidade e especialidade jurídicas. Para além desse objeto genérico, o legislador tomou o cuidado de dar uma conformação própria à concessão, específica para o universo do mercado de veículos automotores, sendo certo que seria de todo temerário pretender transpor as regras inscritas na Lei n. 6.729/79 para outro mercado (por exemplo, de vestuário ou de eletrodomésticos), já que as características e carências desse setor são absolutamente distintas.

Assim, a Lei n. 6.729/79 estipula que a concessão não se faz, em todos os casos, para a totalidade do que é produzido pelo concedente. De acordo com o § 1º do artigo 3º, a concessão poderá, em cada caso, ser estabelecida para uma ou mais classes de veículos automotores. Uma indústria que produza automóveis, caminhões e motocicletas, poderá conceder cada classe de veículos para diferentes distribuidores; assim, o concessionário A será distribuidor apenas de automóveis, não alcançando o contrato por ele celebrado o direito de comercializar os caminhões e motocicletas fabricados pelo produtor/concedente. Reforça-o o conceito inscrito no seu artigo 2º, § 1º, letra c, segundo o qual, para os fins da lei, “caracterizar-se-ão as diversas classes de veículos automotores pelas categorias econômicas de produtores e distribuidores, e os produtos, diferenciados em cada marca, pelo produtor e sua rede de distribuição, em conjunto.”

Em oposição, também não se presume que o concessionário esteja obrigado à exclusividade na distribuição de produtos do concedente. De acordo

com o artigo 3º, § 1º, b, da Lei 6.729/79, a concessão poderá, *em cada caso*, vedar a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor. Fica claro, portanto, que a exclusividade não é a regra, mas a exceção, carecendo de previsão específica no contrato estabelecido entre as partes, interpretando-se, assim, a expressão *em cada caso*, inscrita no dispositivo. Mais do que isso, a lei deixa claro que essa exclusividade na comercialização de veículos automotores *fabricados ou fornecidos por outro produtor* alcança apenas unidades novas. A propósito, olhe-se novamente para a disposição: *a concessão poderá, em cada caso, vedar a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor*. Não há licença para *vedar a comercialização de veículos automotores usados que tenham sido fabricados ou fornecidos por outro produtor*. Não se diz que a *concessão poderá*, mesmo *em cada caso*, vedar tal prática; como se só não bastasse, o artigo 4º, III, da Lei n. 6.729/79, expressamente afirma constituir direito do concessionário a comercialização de veículos automotores e implementos usados de qualquer marca, no que o legislador apenas expressa uma percepção das práticas mercantis assentadas e, destarte, dá expressão legal ao *Volksgeist* (o espírito do povo), para usar uma expressão de Savigny.

No âmbito do que tiverem ajustado entre si, as partes, produtor e distribuidor, ou seja, no âmbito definido para a concessão – a classe ou classes de veículos automotores – o contrato se prolonga no tempo, independentemente de aditivos. Assim, quanto aos produtos lançados pelo concedente, prevê o artigo 3º, § 2º, da Lei n. 6.729/79, ficarão automaticamente incluídos na concessão, se forem da mesma classe daqueles compreendidos no contrato. Em oposição, se forem de classe diversa, o concessionário terá preferência em comercializá-los, se atender às condições prescritas pelo concedente para esse fim. Independentemente do que tenham ajustado as partes, constitui direito do concessionário, por previsão legal (*ex vi legis*), comercializar (1) implementos e componentes novos produzidos ou fornecidos por terceiros; (2) mercadorias de qualquer natureza que se destinem a veículo automotor, implemento ou à atividade da concessão; (3) veículos automotores e implementos usados de qualquer marca. É a previsão anotada no artigo 4º da Lei n. 6.729/79 que, em seu parágrafo único, ainda faculta ao concessionário comercializar outros bens e prestar outros serviços, desde que compatíveis com a concessão.

São inerentes à concessão, *ex vi* do artigo 5º da Lei n. 6.729/79, área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades, sendo que a área poderá conter mais de um concessionário da mesma rede, e distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado. Note-se que, em sua redação original, o artigo 5º, I, referia-se não a *área operacional de responsabilidade do concessionário*, mas a *área demarcada para o exercício das atividades do concessionário*, deixando claro que este não poderia operar além dos seus limites. Essa reserva geográfica de mercado, agora abolida, in-

cluía um mecanismo específico de proteção, inscrito na versão original do § 2º deste mesmo artigo 2º: “Na eventualidade de venda de veículo automotor ou implementos novos a comprador domiciliado em outra área demarcada, o concessionário que a tiver efetuado destinará parte da margem de comercialização aos concessionários da área do domicílio do adquirente”. Incompatível com o princípio da livre concorrência, inscrito no artigo 170, IV, da Constituição da República, esta norma (bem como o texto original dos §§ 3º e 4º, que lhe eram harmônicos) foi revogada, sendo substituída por novas previsões, consentâneas com o sistema econômico vigente sob o pálio da Constituição de 1988. Assim, *verbi gratia*, a nova redação do § 3º do artigo 5º garante que “o consumidor, à sua livre escolha, poderá proceder à aquisição dos bens e serviços a que se refere esta lei em qualquer concessionário”. O máximo de controle regional da concorrência que se mantém estipulado, encontra-se inscrito na nova redação do artigo 5º, § 2º, da Lei n. 6.729/79:

O concessionário obriga-se à comercialização de veículos automotores, implementos, componentes e máquinas agrícolas, de via terrestre, e à prestação de serviços inerentes aos mesmos, nas condições estabelecidas no contrato de concessão comercial, sendo-lhe defesa a prática dessas atividades, diretamente ou por intermédio de prepostos, fora de sua área demarcada.

Na concessão comercial de distribuição de veículos compreende-se uma quota de veículos destinada ao concessionário, estabelecida a partir da estimação da produção do concedente destinada ao mercado interno para o período subsequente, o que se fará por produto diferenciado e consoante a expectativa de mercado da marca. É previsão anotada no artigo 7º da Lei n. 6.729/79, segundo o qual a quota corresponderá a uma parte da produção estimada, compondo-se de produtos diferenciados, e independentes entre si, inclusive quanto às respectivas quantidades, sendo ajustada entre concedente e concessionário, consoante a respectiva capacidade empresarial e desempenho de comercialização e conforme a capacidade do mercado de sua área demarcada, independentemente dos estoques mantidos pelo concessionário. Para impedir distorções no sistema de quotas de veículos, o § 3º do artigo 7º da Lei n. 6.729/79 estabelece, sob uma perspectiva global, que o atendimento da quota comporta ajustamentos que decorram de uma eventual diferença entre a produção que foi originalmente estimada pelo produtor, no início do exercício, e aquela que foi efetivamente concretizada. Ademais, sob uma perspectiva individual (unitária), o § 2º do mesmo dispositivo garante revisão anual da quota, podendo reajustar-se conforme os elementos constantes dos incisos daquele dispositivo (acima referidos), bem como considerando a rotatividade dos estoques do concessionário. Por fim, o parágrafo final (§ 4º) faculta sejam incluídos na quota os veículos automotores que sejam comercializados por meio de modalidades auxiliares de venda que sejam adotadas pelo concedente, tais como consórcios, sorteios, arren-

damentos mercantis e planos de financiamento, lembrando-se que o artigo 3º, § 3º, da mesma Lei n. 6.729/79 outorga ao concessionário o direito de participar de tais modalidades auxiliares.

Para além dessa quota, a Lei n. 6.729/79 ainda estabelece como elemento integrante da concessão um índice de fidelidade de compra de componentes dos veículos automotores. Essa previsão encontra-se no artigo 8º que, com a redação dada pela Lei n. 8.132/90, permite à convenção de marca determinar percentuais de aquisição obrigatória pelos concessionários. Todavia, por força do parágrafo único desse artigo 8º, não estão sujeitas ao índice de fidelidade de compra ao concedente as aquisições que o concessionário fizer de acessórios para veículos automotores e de implementos de qualquer natureza e máquinas agrícolas. Dessa forma, os pedidos do concessionário e os fornecimentos do concedente deverão corresponder à quota de veículos automotores e enquadrar-se no índice de fidelidade de componentes, como conclui – e prevê – o artigo 9º, sempre da Lei n. 6.729/79. Cria-se, assim, um sistema de poderes/deveres, isto é, de faculdades contrabalançadas com obrigações, estruturado de forma recíproca, o que, *de per se*, recomenda uma exegese fortemente atada à necessidade de equilibrar as relações entre as partes, embora sem desconhecer que os pólos não revelam igual potência, como se estudará adiante. Esse sistema de poderes/deveres recíprocos, contrabalançados, está inscrito nos artigos 9º e 10 da Lei n. 6.729/79. Nessa toada, os fornecimentos do concedente devem se circunscrever a pedidos formulados por escrito e facultando-se ao concessionário limitar seu estoque: (1) de veículos automotores em geral a sessenta e cinco por cento e de caminhões em particular a trinta por cento da atribuição mensal das respectivas quotas anuais por produto diferenciado; (2) de tratores, a quatro por cento da quota anual de cada produto diferenciado; (3) de implementos, a cinco por cento do valor das respectivas vendas que houver efetuado nos últimos doze meses; e (4) de componentes, o valor que não ultrapasse o preço pelo qual adquiriu aqueles que vendeu a varejo nos últimos três meses. Para viabilizar a aplicação de tais proporções de limitação de estoques, no alusivo a veículos automotores, caminhões e tratores, a cada seis meses será comparada à quota com a realidade do mercado do concessionário, segundo a comercialização por este efetuada, reduzindo-se os referidos limites na proporção de eventual diferença a menor das vendas em relação às atribuições mensais, consoante os critérios estipulados entre produtor e sua rede de distribuição.

Ainda no plano desse sistema de poderes/deveres, determina-se que o concedente deverá atender ao pedido no prazo fixado e, se não o fizer, poderá o concessionário cancelá-lo. Mais do que isso, se o concedente não atender os pedidos de componentes, o concessionário ficará desobrigado do índice de fidelidade, na proporção do desatendimento verificado. Em contrapartida, o concedente poderá exigir do concessionário a manutenção de estoque proporcional à rotatividade dos produtos novos, objeto da con-

cessão, e adequado à natureza dos clientes do estabelecimento, embora respeitada a faculdade outorgada ao concessionário de limitar seus estoques, como visto acima. Mais: se o produtor alterar ou deixar de fornecer componentes, está obrigado, pelo artigo 10, § 3º, da Lei n. 6.729/79, a reparar o concessionário do valor dos itens constantes do estoque por meio de sua recompra por preço atualizado à rede de distribuição ou substituição pelo sucedâneo ou por outros indicados pelo concessionário, devendo a reparação dar-se em um ano da ocorrência do fato.

O exercício da concessão, no que diz respeito ao poder de venda que se outorga ao distribuidor, é também regrado pela Lei n. 6.729/79 que, em seu artigo 12, limita a venda de veículos automotores novos diretamente ao consumidor, vedada a comercialização para fins de revenda, excetuadas as operações entre concessionários da mesma rede de distribuição que, em relação à respectiva quota, não ultrapassem quinze por cento quanto a caminhões e dez por cento quanto aos demais veículos automotores, bem como as vendas que o concessionário destinar ao mercado externo. Mais do que isso, com a redação dada pela Lei n. 8.132/90, garante-se liberdade na fixação de preços para bens e serviços objeto da concessão e dela decorrentes, determinando, em acréscimo, que os valores do frete, seguro e outros encargos variáveis de remessa da mercadoria ao concessionário e deste ao respectivo adquirente sejam discriminados, individualmente, nos documentos fiscais pertinentes. Entretanto, a margem de comercialização do concessionário nas mercadorias objeto da concessão tenha seu percentual incluído no preço ao consumidor. Essa liberdade de preços, no entanto, não chega ao extremo de licenciar um tratamento não-isonômico aos distribuidores, cabendo ao concedente, forte no artigo 13, § 2º, sempre da Lei n. 6.729/79, fixar o preço de venda aos concessionários, preservando sua uniformidade e condições de pagamento para toda a rede de distribuição. Mais não pode fazer: é expressamente vedada, pelo parágrafo único do artigo 14, a redução pelo concedente da margem percentual de comercialização, salvo casos excepcionais objeto de ajuste entre o produtor e sua rede de distribuição.

O concessionário apresenta-se ao mercado como membro da rede de distribuição do concedente e, destarte, como revendedor e prestador de serviços autorizados, razão pela qual a concessão, como estipulado pelo artigo 16, compreende o resguardo de integridade da marca e dos interesses coletivos do concedente e da rede de distribuição. Dessa forma, ficam vedadas (1) a prática de atos pelos quais o concedente vincule o concessionário a condições de subordinação econômica, jurídica ou administrativa ou estabeleça interferência na gestão de seus negócios; (2) exigência entre concedente e concessionário de obrigação que não tenha sido constituída por escrito ou de garantias acima do valor e duração das obrigações contraídas; (3) diferenciação de tratamento entre concedente e concessionário quanto aos encargos financeiros e quanto ao prazo de obrigações que se possam equiparar.

No alusivo ao instrumento de contrato e suas cláusulas, o legislador teve particular preocupação em definir forma e conteúdo mínimos, inscrevendo-os no artigo 20 da Lei n. 6.729/79. No que tange à forma, prescreveu obrigação de se utilizar documento escrito, embora sem exigir instrumento público ou registro. Não há concessão, portanto, se tal formalidade não for atendida. Mais do que isso, o legislador fala em *forma escrita padronizada para cada marca*, deixando claro constituir ônus do concedente (*obligatio ex vi legis*) a elaboração de um instrumento de contrato padrão (*contrato standardizado*), adotando-o em todas as concessões que celebrar. Cria-se, assim, uma hipótese legal de obrigatoriedade de contratação por adesão, o que não afasta – nem reduz, em nada – os benefícios hermenêuticos gozados pelo aderente (o distribuidor).

Já no que se refere ao conteúdo, o mesmo artigo 20 determina que tal contrato padronizado referente a cada marca deverá especificar produtos, área demarcada, distância mínima e quota de veículos automotores, bem como as condições relativas a requisitos financeiros, organização administrativa e contábil, capacidade técnica, instalações, equipamentos e mão-de-obra especializada do concessionário. Em função de se tratar de um contrato standardizado, cria-se, por via indireta, uma *isonomia contratual necessária* entre os concessionários, todos aderindo a uma mesma *forma escrita padronizada para cada marca*, segundo a expressão da lei. Impede-se, assim, o tratamento discriminatório entre os concessionários, ainda que por vias transversas. Essa mesma *forma escrita padronizada para cada marca*, portanto, traduz-se numa base normativa comum para toda a *rede de distribuição*, ou seja, para uma mesma categoria econômica de produtor e distribuidores, considerando-se os elementos identificadores de mesma(s) marca(s) e classe(s) de veículos automotores.

Obviamente, essa obrigatoriedade de standardização contratual cria um efeito e uma situação jurídicos dignos de atenção. Sob uma perspectiva sincrônica (considerado o contrato em certo tempo, certo momento), há uma única *forma escrita padronizada para cada marca*. Mas sob uma perspectiva diacrônica, isto é, considerando-se a evolução do conteúdo normativo no tempo, a inserção, supressão ou alteração de uma cláusula no contrato padrão criará distinções inevitáveis na coletividade dos contratos estabelecidos pelo concedente, rompendo, de forma jurídica legítima, com a aludida isonomia necessária entre os concessionários. Em fato, as modificações (ou interpolações) no ajuste (na *forma escrita padronizada para cada marca*), conforme seu conteúdo e sua natureza jurídica, podem não alcançar aqueles que, já estando contratados, beneficiam-se do princípio do aperfeiçoamento do negócio (ou princípio do negócio aperfeiçoado). Cuida-se de metanorma jurídica com foro constitucional (artigo 5º, XXXVI), elevada à condição de garantia fundamental de preservação do ato jurídico perfeito. O ato jurídico que se aperfeiçoou, legítima e juridicamente, preserva-se com aquele contorno, até diante de alterações normativas posteriores. Assim, aqueles que

nas contratações que se aperfeiçoaram anteriormente adquiriram determinadas faculdades contratuais, têm-nas incorporadas ao respectivo patrimônio ativo, podendo exigir o seu adimplemento e, via de consequência, a sua manutenção. Não havendo transação para distratar determinada obrigação contratual (*obligatio ex contractu*, modalidade que é de *obligatio ex voluntate*), a alteração no contrato padrão opera-se tão somente para as futuras contratações e, destarte, não alcançará os concessionários que tenham direito ao regramento anterior.

No que toca ao tempo, a concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores será, em regra geral, de prazo indeterminando, pelo teor do artigo 21 da Lei n. 6.729/79, somente cessando nas hipóteses listadas naquela norma. O parágrafo único deste artigo, no entanto, permite que o contrato seja *inicialmente* ajustado por prazo determinado, não inferior a cinco anos, e se tornará automaticamente de prazo indeterminado se nenhuma das partes manifestar à outra a intenção de não prorrogá-lo, antes de cento e oitenta dias do seu termo final e mediante notificação por escrito devidamente comprovada. Para além dessa hipótese (expiração do prazo determinado, sem que haja prorrogação por ausência de notificação resolutive), três outras hipóteses de resolução estão inscritas no artigo seguinte, quais sejam, (1) por acordo entre as partes, (2) por força maior, (3) por iniciativa da parte inocente, em virtude de infração a dispositivo da Lei n. 6.729/79, das convenções ou do próprio contrato, após aplicação de penalidades gradativas, considerada infração também a cessação das atividades do contraente. Em qualquer caso de resolução contratual, garante o § 2º do artigo 22 da Lei n. 6.729/79, as partes disporão do prazo necessário à extinção das suas relações e das operações do concessionário, nunca inferior a cento e vinte dias, contados da data da resolução.

Havendo resolução do contrato por tempo determinado, não prorrogado pelo concedente, o artigo 23 lhe define a obrigação de (1) readquirir do concessionário o estoque de veículos automotores e componentes novos (que deverão estar em sua embalagem original), pelo preço de venda à rede de distribuição, vigente na data de requisição; (2) comprar do concessionário os equipamentos, máquinas, ferramenta e instalações à concessão, pelo preço de mercado correspondente ao estado em que se encontrarem e cuja aquisição o concedente determinara ou dela tivera ciência por escrito sem lhe fazer oposição imediata e documentada, excluídos desta obrigação os imóveis pertencentes ao concessionário. *Mutatis mutandis*, conforme se lê do parágrafo único deste mesmo artigo 23, cabendo ao concessionário a iniciativa de não prorrogar o contrato, ficará desobrigado de qualquer indenização ao concedente.

Já nas hipóteses de contrato de prazo indeterminado, se o concedente der causa à rescisão do ajuste, deverá reparar o concessionário da seguinte forma: (1) readquirir-lhe o estoque de veículos automotores, implementos e componentes novos, pelo preço de venda ao consumidor, vigente na data da

rescisão contratual; (2) comprar-lhe os equipamentos, máquinas, ferramentas e instalações à concessão, pelo preço de mercado correspondente ao estado em que se encontrarem e cuja aquisição o concedente determinara ou dela tivera ciência por escrito sem lhe fazer oposição imediata e documentada, excluídos desta obrigação os imóveis do concessionário; (3) pagar-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão; (4) satisfazer-lhe outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição. Se o concessionário der causa à rescisão do contrato, pagará ao concedente a indenização correspondente a cinco por cento do valor total das mercadorias que dele tiver adquirido nos últimos quatro meses de contrato, por estipulação do artigo 26.

## 5 CONTRATOS COLETIVOS

Partindo da disciplina normativa da Lei n. 6.729/79, institui-se um *sistema brasileiro de distribuição de veículos, produtos e serviços automotivos*, como tal compreendida a conformação obrigatória do setor mercantil automotivo. Em fato, embora se tenha regulamentado um tipo contratual específico – o contrato de concessão comercial de distribuição de veículos –, a lei tem por efeito mediato a submissão de todo um importante setor da economia a uma mesma lógica de relacionamento entre produtores e distribuidores, uma intervenção no mercado de fornecimento que se faz para correção de distorções ali verificadas, preservando-se não apenas o interesse dos atores desse mercado – pela garantia de um equilíbrio maior entre os partícipes –, bem como visando o atendimento dos interesses dos consumidores, que são beneficiários diretos da pulverização dos canais de distribuição de bens e serviços deste setor.

Uma das características desse *sistema brasileiro de distribuição de veículos, produtos e serviços automotivos*, tal como desenhado na Lei n. 6.729/79, é a constituição de um espaço de negociação coletiva para o estabelecimento de normas aplicáveis a todo o sistema (*convenção das categorias econômicas*) ou a cada categoria econômica de produtor e respectivos distribuidores (*convenção de marca*). Cria-se, dessa forma, um espaço privado para constituição de obrigações jurídicas contratuais. Ora, a *obligatio ex contractu* – obrigação resultante de contrato –, nada mais é do que uma modalidade de *obligatio ex voluntate* – obrigação voluntária, cuja validade jurídica sustenta-se sobre a o princípio da liberdade de agir jurídica e economicamente, princípio que tem, aliás, duplo foro constitucional: é fundamento do Estado Democrático de Direito, *ex vi* do artigo 1º, IV, da Constituição da República, além de ser

fundamento da ordem econômica, segundo o *caput* do artigo 170 da mesma Carta, em ambas as oportunidades dividindo tal *status* com o valor social do trabalho. No entanto, rompe-se com a lógica comum que orienta tais operações jurídicas (os negócios ou, preferindo-se, os atos jurídicos bilaterais ou plurilaterais). A lógica comum é individual, concretizando-se na esmagadora maioria dos casos por meio de *relações diáticas* (ou seja, relação para as quais concorrem apenas duas pessoas). Na hipótese dos contratos coletivos, não obstante não se afaste a bilateralidade – certo que são apenas dois pólos contratuais a engendrar as tratativas negociais (fase de formação contratual, incluindo a proposição, também chamada de *oferta* ou *oblação*), a celebração do ajuste (a contratação, em sentido estrito) e a execução – não há falar em relações diáticas ou atos jurídicos diáticos, já que se está diante de um foro coletivo, no qual uma categoria, e não uma pessoa, assume um (*convenção de marca*) ou ambos os pólos (*convenção das categorias econômicas*).

Os contratos ou convenções coletivas são negócios privados que fogem ao comum da qualificação kelseniana de norma individual, expressando-se como norma coletiva. Mas não chegam a posicionar-se no mesmo patamar das leis (em sentido amplo, principiando da Constituição e alcançando normas regulamentares, como decretos, portarias etc), pois não se tem aplicação *erga omnes* (a todos as pessoas, indistintamente). Justamente por isso, da convenção coletiva não derivam, diretamente (ou seja, para seus atores, para as partes convencionadas), direitos difusos, na mesma toada, mas direitos coletivos, certo que correspondem a uma coletividade determinada, embora, no âmbito desta, alcancem, indistintamente, o patrimônio de todos os seus componentes (permitindo *ação coletiva*), e simultaneamente o patrimônio de cada um desses componentes (permitindo *ação individual*).

No seu processo constitutivo, ademais, essa distinção das relações diáticas se mostra ainda mais radical, não se lhe aplicando a compreensão augusta do princípio da autonomia da vontade. *Nomós* (νομός), em grego, traduz a idéia de *norma, regra; autos* (αυτός) corresponde à idéia de *a si próprio*. Autonomia (αυτονομία), portanto, como regulamento e governo próprio.<sup>18</sup> No Direito Privado, traduz a vinculação necessária entre a plena consciência da realidade e, a partir dessa, a expressão livre, lícita e igualmente consciente da vontade como fundamento para a constituição de obrigações que vinculem à pessoa e ao seu patrimônio. O fundamento de validade da *obligatio ex voluntate*, destarte, é justamente o fato de o devedor (o obrigado) ter voluntariamente constituído, nos limites licenciados pelo Direito (conferir, a propósito, a garantia inscrita no artigo 5º, II, da Constituição da República), uma obrigação para si e executável sobre o seu patrimônio.

Esta lógica – e o respectivo regime jurídico – é subvertida no plano das convenções coletivas, onde o império do arbítrio individual é substituído pelo império da *vontade coletiva*, forçando a constituição de um foro a partir do qual se forme a vontade de uma categoria organizada de pessoas. *Vontade multipessoal*, portanto, cujo aferição e expressão não é – e não pode ser –

fruto da discricionariedade privada de uma pessoa. Pelo contrário, a legitimidade e juridicidade da expressão coletiva da vontade vinculadora, no âmbito das convenções coletivas, estão justamente no respeito a um processo de formação do consenso entre aqueles que comungam de um mesmo pólo da relação negocial, ou seja, entre aqueles que participam de uma mesma categoria.

No plano específico da Lei n. 6.279/79, o artigo 17, inaugurando o tratamento legislativo da matéria no âmbito do *sistema brasileiro de distribuição de veículos, produtos e serviços automotivos*, estabelece que as relações objeto daquela legislação serão também reguladas por convenção que, mediante solicitação do produtor ou de qualquer uma das entidades adiante indicadas, deverão ser celebradas com força de lei, entre (1) as categorias econômicas de produtores e distribuidores de veículos automotores, cada uma representada pela respectiva entidade civil ou, na falta desta, por outra entidade competente, qualquer delas sempre de âmbito nacional, designadas *convenções das categorias econômicas*; ou (2) cada produtor e a respectiva rede de distribuição, esta através da entidade civil de âmbito nacional que a represente, designadas *convenções da marca*.

Está assim desenhada, portanto, a figura de uma convenção coletiva civil, versão que no Direito Privado exibe qualidades genéticas afins com a convenção coletiva laboral, cujo emprego e exercício encontra-se disseminado no âmbito do Direito do Trabalho. Mais do que isso, a leitura atenta do dispositivo deixa mesmo claro que não só se estabeleceu em lei um paralelo entre os institutos privado e laboral da convenção coletiva, mas que também se previu outra figura de existência em paralelo no *sistema brasileiro de distribuição de veículos, produtos e serviços automotivos*: o dissídio coletivo. Afirmando considerando exclusivamente o texto legal, no qual destaco a frase *convenção que, mediante solicitação do produtor ou de qualquer uma das entidades adiante indicadas, deverão ser celebradas com força de lei*, inscrita no artigo 17 da Lei n. 6.729/79. A solicitação do produtor ou da entidade representativa, portanto, cria uma situação de dissídio; não se trata, nos moldes da teoria da formação dos contratos, de um convite a negociar/contratar, o que permitiria recusa. O legislador, em contraste, criou um elo entre a solicitação e a obrigatoriedade do convencionamento: *deverão ser celebradas*, diz.

Esta posição sustenta-se, ademais, por exegese sistemática e teleológica, levando-se em conta a própria finalidade da convenção coletiva, como se afere do artigo 18 da Lei n. 6.729/79: (1) explicitar princípios e normas de interesse dos produtores e distribuidores de veículos automotores; (2) declarar a entidade civil representativa de rede de distribuição; (3) resolver, por decisão arbitral, as questões que lhe forem submetidas pelo produtor e a entidade representativa da respectiva rede de distribuição; (4) disciplinar, por juízo declaratório, assuntos pertinentes às convenções da marca, por solicitação de produtor ou entidade representativa da respectiva rede de distribuição. Emenda o artigo 19, logo adiante: serão celebradas convenções da

marca para estabelecer normas e procedimentos relativos a: (1) atendimento de veículos automotores em garantia ou revisão, conforme determinação, aliás, do artigo 3º, inciso II, da própria Lei n. 6.729/79; (2) uso gratuito da marca do concedente, igualmente atendendo a previsão do artigo 3º, inciso III, daquela mesma lei; (3) inclusão na concessão de produtos lançados na sua vigência e modalidades auxiliares de venda, atendendo, assim, ao estabelecido no artigo 3º § 2º, a, e § 3º; (4) comercialização de outros bens e prestação de outros serviços, atendendo à norma do artigo 4º, parágrafo único; (5) fixação de área demarcada e distâncias mínimas, abertura de filiais e outros estabelecimentos, à sombra do artigo 5º, incisos I e II; § 4º; (6) venda de componentes em área demarcada diversa, conforme artigo 5º, § 3º; (7) novas concessões e condições de mercado para sua contratação ou extinção de concessão existente (artigo 6º, incisos I e II); (8) quota de veículos automotores, reajustes anuais, ajustamentos cabíveis, abrangência quanto a modalidades auxiliares de venda (artigo 7º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º) e incidência de vendas diretas (artigo 15, § 2º); (9) pedidos e fornecimentos de mercadoria (artigo 9º); (10) estoques do concessionário (artigo 10, *caput* e §§ 1º e 2º); (11) alteração de época de pagamento (artigo 11); (12) cobrança de encargos sobre o preço da mercadoria (artigo 13, parágrafo único); (14) margem de comercialização, inclusive quanto a sua alteração em casos excepcionais (artigo 14, *caput* e parágrafo único), seu percentual atribuído a concessionário de domicílio do comprador (artigo 5º, § 2º); (14) vendas diretas, com especificação de compradores especiais, limites das vendas pelo concedente sem mediação de concessionário, atribuição de faculdade a concessionários para venda à Administração Pública e ao Corpo Diplomático, caracterização de frotistas de veículos automotores, valor de margem de comercialização e de contraprestação de revisões, demais regras de procedimento (artigo 15, § 1º); (15) regime de penalidades gradativas (artigo 22, § 1º); (16) especificação de outras reparações (artigo 24, inciso IV); (17) contratações para prestação de assistência técnica e comercialização de componentes (artigo 28); (18) outras matérias previstas na Lei n. 6.729/79 e as que as partes julgarem de interesse comum.

A gravidade deste rol deixa claro que a compreensão de um dissídio civil é interpretação perfeitamente conforme ao espírito da Lei n. 6.729/79. A solicitação do produtor ou da entidade representativa convoca a contraparte para a discussão e o estabelecimento de normas convencionais, na medida exata em que tais normas compõem, necessariamente (*ex vi legis*) a relação jurídica entre as partes, seja no comum do *sistema brasileiro de distribuição de veículos, produtos e serviços automotivos*, o que se fará por meio de *convenção das categorias econômicas*, seja no especial de cada categoria econômica de produtor e distribuidores, considerando-se os elementos identificadores de mesma(s) marca(s) e classe(s) de veículos automotores, o que se fará por meio de *convenção de marca*.

Outro dispositivo que demonstra a importância de tais convenções e indica como adequada a interpretação da possibilidade do dissídio coletivo

civil, no âmbito do *sistema brasileiro de distribuição de veículos, produtos e serviços automotivos*, é o § 1º do artigo 17 da Lei n. 6.729/79 que, certamente reconhecendo a importância da convenção, estatui que qualquer dos signatários dos atos referidos neste artigo poderá proceder ao seu registro no Cartório competente do Distrito Federal e à sua publicação no Diário Oficial da União, a fim de valerem contra terceiros em todo território nacional.

A análise dessa dimensão normativa privada, embora coletiva, impõe um arremate obrigatório, qual seja a ênfase na limitação legal do arbítrio privado. Essencialmente, as partes, mesmo no âmbito dos contratos coletivos, estão limitadas pelas normas jurídicas estatais, assentadas sobre o pilar da soberania nacional, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, como se afere do artigo 1º, I, da Carta Política de 1988. Portanto, só se pode convencionar no espaço em que não se contrariem a Constituição e as leis. Não é só. A interpretação das convenções, individuais ou, como no caso, coletivas deve concretizar-se tendo as normas públicas como referência obrigatória. Dessa forma, os princípios jurídicos e hermenêuticos que orientam as normas estatais são os mesmos princípios que orientam – e devem orientar – a redação, a interpretação e a aplicação das normas privadas. Se assim não é, há uma inaceitável subversão jurídica.

## 6 PADRÃO HERMENÊUTICO

A coexistência em sociedade implica regras, que podem ser elementares ou não, estando presentes em todas as sociedades humanas, havendo mesmo registro de formas de regramento comportamental, ainda que incipientes, em sociedades animais.<sup>19</sup> Esta onipresença jurídica, aliás, já fora reconhecida pelos juristas romanos e inscrita na máxima *ubi homo ibi societas, ubi societas ibi ius; ergo, ubi homo ibi ius* [onde há ser humano, há sociedade, onde há sociedade, há Direito; logo, onde há ser humano, há Direito]. Partindo das formas elementares de regramento social, esses conjuntos normativos foram evoluindo com a própria sociedade, merecendo destaque nesse percurso a chamada invenção da cidade – no sentido de cidade-Estado –, em algum ponto entre os IV e III milênios a.C, pelos sumérios,<sup>20</sup> o que ocorreu na região que os gregos chamaram de Mesopotâmia (*Μαοῖδιῶάιβά*, *terra do meio*, entre dois rios: Tigre e Eufrates), hoje Iraque.

Ao longo dessa evolução jurídica da sociedade, firmou-se a idéia de que é função do Direito engendrar intervenções corretivas nas relações sociais, nomeadamente naquelas de caráter econômico. Essa intervenção justifica-se tanto pela necessidade de manutenção de uma ordem mínima nas relações, essencial para otimizá-las, garantindo condições para o desenvolvimento material e humano, mas igualmente para impedir que concentrações abruptas de força criassem situações desestabilizadoras que, em curto, médio ou longo prazo, poderiam degradar a existência social.

A essência da técnica do Estado passa, obrigatoriamente, pela contradição imanente entre os ideais da liberdade e da igualdade: utopicamente, a liberdade individual (e, por consequência, da empresa) é um bem sagrado, a que todos aspiramos; socialmente, porém, o sentido da igualdade prevalece (todos os homens nascem iguais, a sociedade é que os faz diferentes, segundo, equivocadamente, ensinava Jean-Jacques Rousseau). A liberdade total, sem limites, leva ao regime da força, em que o mais forte domina, submete e explora o mais fraco. A razão de ser do Estado, como mediador, através do ordenamento jurídico, há de impor limites à liberdade, para que possam sobreviver os ideais da igualdade. Cabe ao Estado assegurar a justiça social.<sup>21</sup>

Os cânones, embora sejam limites, sejam padrões, não se opõem à idéia de liberdade em sociedade, mas garantem-na, na medida em que impedem a sua descaracterização em arbítrio. Daí falar Galvêas em “limitar o poder que a liberdade confere ao mais forte, para alcançar e preservar os ideais da igualdade”, donde conclui: “É dever do Estado proteger o mais fraco contra o mais forte. A livre competição no mercado tem que, necessariamente, levar em conta os dois conceitos básicos da liberdade e da igualdade.”<sup>22</sup>

Não se trata de qualquer inovação, friso, mas de reiteração de uma percepção vetusta que, de resto, resume aos primeiros momentos jurídicos da humanidade, o que é demonstrado pelos registros historiográficos mais antigos de que se tem notícia. Por volta de 2.400 a.C., *Ur-Uinim-Enmgina* ou, como se disse no passado, *Urukagina*, soberano (*ensi*) de *Lagash*<sup>23</sup>, inicia um conjunto de reformas,<sup>24</sup> todas narradas em documento que chegou até nós. Num primeiro momento, são narrados os abusos que precederam seu reinado e na segunda os editos que promulgou para remediar os males vividos pela sociedade. Entre as medidas narradas, listam-se diversas que visam eliminar abusos cometidos por credores contra devedores, além da produção dos operários (*se um pobre constrói um tanque, seu peixe não lhe será retirado*); arremata o documento: *Ur-Uinim-Enmgina baniu dos habitantes de Lagash tudo o que era usura, monopólio, fome, roubos e assaltos e instaurou-lhes a liberdade.*<sup>25</sup> É apenas um exemplo; a mesma preocupação de intervenção estatal no domínio privado, a fim de evitar abusos e corrigir distorções, está presente nos mais antigos registros legais que se tem notícia: as Leis de *Ur-Nammu* (c. 2.050 a.C.), as Leis de *Lipt-Ishtar* (c. 1930 a.C.), as Leis de *Eshnunna* (c. 1790 a.C.) e as Leis de *Hamurabi* (c. 1.750 a.C.).

Em todos esses registros historiográficos, percebe-se um mesmo valor (ou axioma) jurídico: a constatação de que as relações jurídicas podem concretizar-se revelando um desequilíbrio extremado entre as partes e, via de consequência, a sujeição de um pólo (hipossuficiente) ao outro

(hipersuficiente), de uma pessoa – ou classe de pessoas – a outra (pessoa ou classe de pessoas). No Direito Romano, por exemplo, falava-se em *humiliores* (hipossuficiente) ou *potentiores* (hipersuficiente), adotando-se medidas de intervenção corretiva na relação entre ambos, do que é grande exemplo o instituto da *laesio enormis* que, no direito brasileiro, inscreve-se na Parte Geral do Código Civil sob o título singelo de lesão, um dos defeitos do ato jurídico.<sup>26</sup>

No âmbito da presente análise, importa observar que a edição da Lei n. 6.729/79, bem como a sua manutenção no ordenamento jurídico pátrio, expressa-se exatamente como uma intervenção pública no domínio privado, intervenção de todo corretiva, fundada na percepção da sujeição dos distribuidores aos produtores de veículos automotores de via terrestre.

Assim como nos Estados Unidos e na Europa, o relacionamento entre montadoras e suas respectivas redes de concessionárias no Brasil é marcado pelo conflito (MAIA, 2000; ARBIX; VEIGA, 2001). As montadoras impõem certas condições no tocante ao cumprimento de cotas de veículos, compra mínima de peças, estrutura física, ferramental de oficina etc.<sup>27</sup>

Nesta toada, a instituição de uma regulamentação legal para o *sistema brasileiro de distribuição de veículos, produtos e serviços automotivos*, com a edição da Lei n. 6.729/79, compreende-se como uma intervenção estatal no domínio privado, concretizada por meio da tipificação do *contrato de concessão de distribuição de veículos automotores* para, conseqüentemente, reduzir o espaço do arbítrio privado e, assim, determinar regras legais de observância obrigatória. Mais do que isso: tem-se uma tipificação que se construiu e se sustenta como norma protetiva dos concessionários, o que fica claro de diversas passagens legais: artigo 3º, § 2º (garante que produtos lançados pelo concedente ficam automaticamente incluídos na concessão, se forem da mesma classe daqueles compreendidos no contrato); artigo 3º, § 2º (dá preferência ao concessionário para comercializar produtos lançados pelo concedente que sejam de classe diversa daqueles incluídos na concessão, desde que atenda às condições prescritas pelo concedente para esse fim); artigo 3º, § 3º (faculta ao concessionário participar das modalidades auxiliares de venda que o concedente promover ou adotar, tais como consórcios, sorteios, arrendamentos mercantis e planos de financiamento); artigo 4º, III (garante expressamente o direito de comercializar veículos usados de qualquer marca); artigo 5º, § 4º (garante ressarcimento da concessionária ou serviço autorizado que prestar serviços obrigatórios de manutenção pela garantia do fabricante, vedando qualquer disposição de limite geográfico para tanto); artigo 6º, II (garante que a contratação de nova concessão não poderá estabelecer condições que de algum modo prejudiquem os concessionários da marca); artigo 7º, § 2º (garante a revisão anual da quota de veículos devida ao concessionário, levando-se em conta mesmo a *rotatividade dos estoques do con-*

cessionário); artigo 9º, § 2º (o concedente deverá atender aos pedidos no prazo fixado e, se não o fizer, poderá o concessionário cancelá-los); artigo 9º, § 3º (desobriga o concessionário do índice de fidelidade se o concedente não atender os pedidos de componentes, o que se dará na proporção do desatendimento verificado); artigo 10, § 3º (determina que o concedente repare o concessionário do valor do estoque de componentes que alterar ou deixar de fornecer, além de determinar que tal reparação dê-se em um ano da ocorrência do fato); artigo 11 (veda que o pagamento do preço das mercadorias fornecidas pelo concedente preceda o seu faturamento, salvo ajuste diverso entre o concedente e sua rede de distribuição; se preceder, o parágrafo único dispõe que a saída se dará até o sexto dia subsequente ao pagamento); artigo 14, parágrafo único (veda a redução, pelo concedente, da margem percentual de comercialização do concessionário, salvo casos excepcionais objeto de ajuste entre o produtor e sua rede de distribuição); artigo 16, I (veda a prática de atos pelos quais o concedente vincule o concessionário a condições de subordinação econômica, jurídica ou administrativa ou estabeleça interferência na gestão de seus negócios); artigo 16, II (veda que o concedente exija do concessionário obrigação que não tenha sido constituída por escrito ou de garantias acima do valor e duração das obrigações contraídas); artigo 16, III (veda o estabelecimento de diferenciação de tratamento entre concedente e concessionário quanto a encargos financeiros e quanto a prazo de obrigações que se possam equiparar); artigo 23 (prevê uma ampla obrigação reparatória, incluindo reaquisição de estoque e compra de instalações, maquinário e instrumental, se o concedente não prorrogar o contrato ajustado por prazo certo; o parágrafo único exige o concessionário que não aceite tal prorrogação de qualquer indenização ao concedente); artigo 24 (estabelece a indenização que é devida pelo concedente ao concessionário na hipótese de dar causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado; em contraste, o artigo 26 limita – e muito – a indenização devida pelo concessionário, na hipótese contrária).

Esta vastíssima gama de disposições protetivas do concessionário deixa claro haver um padrão jurídico para a resolução de conflitos entre produtores e distribuidores, e esse padrão – ou paradigma – é a proteção do concessionário. Conseqüentemente, também na interpretação das normas jurídicas inscritas na Lei n. 6.729/79, e mesmo na colmatação de lacunas que sejam identificadas, deve-se buscar uma interpretação favorável à parte hipossuficiente, vale dizer, uma interpretação favorável ao concessionário, cumprindo-se a missão reconhecida e assumida pelo legislador (pelo Estado, enfim) de corrigir as distorções verificadas no setor, motivadas por uma brutal distinção de forças.

## 7 CANAIS DE DISTRIBUIÇÃO

A instituição de uma política estatal protetiva para o setor automobilístico e, via de conseqüência, de um *sistema brasileiro de distribuição de veícu-*

los, produtos e serviços automotivos assenta-se sobre uma percepção jurídica de um fenômeno mercadológico óbvio: não basta fabricar, é preciso vender. Vender pode ser algo muito simples: muitos fabricantes de bijuterias vendem-nas na mesma calçada em que as produzem. Mas torna-se algo mais complexo no âmbito de grandes operações empresariais, onde a produção situa-se num determinado lugar e a distribuição deve expandir-se por diversos outros pontos. Num país com dimensões continentais, é ainda maior o desafio de empresas que, como a indústria automotiva, trabalhem visando todo o mercado nacional.

A história das concessionárias de automóveis no Brasil se confunde com o surgimento da própria indústria automobilística. Essas organizações já desempenhavam o papel de distribuidores de automóveis na forma de agentes credenciados pelas montadoras, a partir da importação das primeiras unidades para o país.<sup>28</sup>

Nesse sentido, em seus estudos sobre o mercado automobilístico brasileiro, Grande destaca que, uma vez superada a fase em que os produtores se voltam para o montante da cadeia, “buscando o desenvolvimento de fornecedores, com o objetivo de obter redução de custos e qualidade para os componentes e serviços necessários para a consecução da produção”, percebem que “as atividades a jusante da cadeia” ficam em segundo plano, sendo forçados, pelo aumento da produtividade, a dar “grande atenção às questões relativas à distribuição de bens e serviços, especialmente à escolha e gestão dos canais de distribuição.”<sup>29</sup> Las Casas não pensa diferente:

Produtos são muitas vezes fabricados em determinadas épocas e consumidos em outras. Os intermediários facilitam a distribuição, tornando-a mais homogênea ou então permitem que os produtos cheguem ao consumidor na época que dele necessitam. Estes benéficos, ou utilidades, relacionam-se com o tempo. Intermediários podem aumentar a eficiência da troca mesmo quando os consumidores estão localizados em comunidades separadas. Este benefício é a utilidade do lugar que permite a comercialização entre fornecedores e consumidores distanciados.<sup>30</sup>

Cite-se, ademais, Grande, autora que principia o tratamento dos canais de distribuição a partir da conceituação de Stern, El-Ansary e Coughlan: “um conjunto de organizações interdependentes envolvidas no processo de tornar os produtos e serviços disponíveis para o consumo ou uso.” Ela destaca que as funções dos canais distributivos “vão além de colocar os produtos e serviços no lugar certo com quantidade, qualidade e preço adequados para satisfazer uma demanda existente. Eles devem também estimular a demanda realizando atividades promocionais.” Assim, destaca, “Stern, El-Ansary e Coughlan (1996), Kotler (2000) e Churchill e Peter (2000), Bowersox e Cooper

(1992) advogam que o uso de intermediários no processo de distribuição é justificado por razões econômicas, pois através de suas especializações, contatos e escala de operações, os intermediários oferecem aos produtores vantagens que eles não poderiam conseguir sozinhos.” Entre os motivos apontados por esses autores, e citados por Grande, estão: (1) aumento da eficiência do processo de troca através da redução do número de transações; (2) redução da distância entre a variedade de mercadorias e serviços oferecida pelo fabricante (grande quantidade e baixa variedade) e a demanda dos consumidores (quantidade limitada e grande variedade); (3) rotinização da transação: refere-se à escolha de conjunto de agentes e estabelecimento de relacionamentos de longo prazo, o que permite a construção de um histórico de transações, com base em normas pré-estabelecidas, evitando a necessidade de negociações a cada nova transação, o que pode reduzir os custos de distribuição; (4) facilitação do processo de busca: o processo de busca envolve incertezas porque os produtores não estão certos das necessidades dos consumidores e estes, por sua vez, não têm certeza de que vão encontrar o que desejam. Assim, atacadistas e varejistas se organizam em segmentos como drogarias, supermercados etc., e os produtos podem ser encontrados em vários pontos de vendas; (5) especialização: cada agente do canal pode desempenhar tarefas específicas a um custo unitário menor em função da economia de escala alcançada e, assim, obter uma maior eficiência na performance do canal como um todo.<sup>31</sup>

Os distribuidores, popularmente chamados de *concessionárias de veículos*, cumpriram esse papel ao longo de décadas no país e, quando da edição da Lei n. 6.729/79, seu papel e sua atuação já estavam definitivamente assimilados no imaginário social. A imagem do grande salão onde carros novos estão constantemente expostos, na mesma cidade da montadora ou a centenas ou milhares de quilômetros de distância polvilha a memória de todo brasileiro. Nas rodovias, enormes placas (*outdoors*) anunciam, cidade a cidade, que o proprietário de veículo *desta* ou *daquela* marca pode ficar tranquilo, pois há ali um serviço autorizado para vender-lhe peças ou prestar-lhe serviços especializados. Pessoas que *sonham* em adquirir certo veículo, mesmo que ainda não tenham economia suficiente para tal, dirigem-se ao concessionário para vê-lo, namorando-o em constantes visitas, sempre encontrando um vendedor que, ostentando um sorriso aberto, lhe responde às dúvidas, da mesma forma que o faz para aficionados por veículos que encontram na *autorizada* um lugar para o seu culto. Essa multiplicação de contatos é extremamente valiosa e somente é possível, para a indústria automobilística, pelo recurso a uma rede de distribuição.

Uma das vantagens que o varejista proporciona é uma redução do número de contatos. Isto representa uma redução dos custos dos fabricantes ou atacadistas que teriam de assumir os custos deste tipo de distribuição caso não houvesse estes intermediários. Ao transferir funções mercadológicas, a empresa obtém vantagens

porque permite que o fabricante se dedique mais ao seu objetivo principal de fabricação, ao mesmo tempo que cria uma especialização por parte dos varejistas por exercerem e especializarem-se neste tipo de atividade, o que certamente proporciona redução nos custos operacionais da empresa em decorrência dessa especialização.<sup>32</sup>

Não há qualquer dúvida, mesmo para o senso comum, não-técnico, que os distribuidores prestaram e prestam um serviço inestimável para a indústria automobilística no Brasil. O concessionário assume a função e os custos de ser a face da indústria (ou da marca) em determinada região. A multiplicação de distribuidores, por seu turno, traduz uma aproximação do produtor do mercado consumidor. Nesse sentido, a rede de concessionários oferece para o consumidor de veículos um bem de valor inestimável: comodidade. Ouça-se McMath e Forbes, que por 30 anos assessorou grandes empresas no lançamento de novos produtos no competitivo mercado norte-americano e dali para o resto do mundo: “Se o consumidor tiver de escolher entre o que é politicamente correto e o que é cômodo, este último ganhará 90% das vezes. Embora as pessoas louvem da boca para fora o meio ambiente, pagarão um prêmio para um produto que torne suas vidas mais fáceis.”<sup>33</sup>

Não é só. As empresas concessionárias desempenham papel fundamental na *gestão de relacionamento com o cliente* (*customer relationship management* – CRM), vale dizer, nos esforços de *fidelição* de uma clientela que, na avaliação positiva da marca de produtos automotivos, o consumidor leva em consideração não apenas o produto em si – o veículo, por todos os seus aspectos (desenho – ou, preferindo-se, *design* –, mecânica, acabamento etc) –, mas, igualmente, as facilidades de relacionamento com a montadora, para a solução de problemas habituais, como manutenção, compra de acessórios etc. Ora, “clientes fiéis tendem a ser mais conscientes dos benefícios indiretos que sua marca oferece. É fato comprovado que uma maior conscientização dos benefícios indiretos gera um impacto positivo na retenção e no total de negócios de cada cliente.”<sup>34</sup> Essa é uma vantagem direta experimentada pelas montadoras na atuação de suas concessionárias, certo que a atuação da indústria faz-se num plano macroscópico, ou seja, é atuação em atacado, voltada para o mercado como um todo e não para cada consumidor em especial. Em oposição, seus concessionários entregam-se a uma atuação microscópica, isto é, atuação no varejo, interessado a interessado, cliente a cliente. Ora, embora sem remunerar os concessionários por isso, as montadoras enriquecem-se com tais benefícios indiretos, bastando recordar que a mercadologia já trabalha, há muito, com o conceito de *customer lifetime value* ou, simplesmente, *lifetime value* – LTV, entre nós traduzido como *valor vitalício* ou *valor real*, e que traduz uma quantificação do benefício gerado pela fidelidade de seus clientes, permitindo uma projeção de lucro futuro para a companhia, resultado desse retorno do cliente aos seus balcões.

A assunção desses ônus empresariais, no âmbito do contrato de concessão comercial de distribuição de veículos faz-se como benefício indireto do produtor, que, destarte, beneficia-se da atuação de cada um de seus distribuidores. Não o fazem, obviamente, sem razão de ser, mas imbuídos pelos reflexos positivos de seu trabalho no âmbito de sua própria atividade. O concessionário trabalha a sua freguesia – e na sua freguesia –, nisto atuando a bem de toda a rede e, conseqüentemente, a bem do distribuidor. Fá-lo a bem de si, na medida em que lhe foi transferida, pelo concedente, uma vantagem de mercado específica: o direito de atuação empresária em determinada área mercantil. A percepção desta particularidade conduz o jurista à solução do problema que está *sub examine* neste estudo: o estabelecimento de políticas concorrenciais entre concedente e concessionário, ou seja, o estabelecimento de uma concorrência vertical, que não se dá entre concessionários, mas entre concedente e concessionário, fugindo ao princípio da livre concorrência justamente em virtude da condição pessoal de cada um desses atores mercantis.

## 8 CESSÃO ONEROSA DE VANTAGEM MERCANTIL

Como demonstrado na seção 3 deste artigo, o *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos*, embora seja uma espécie do gênero *contrato de distribuição*, avizinha-se muito do contrato de franquia empresarial (*franchising*), o que, aliás, é reconhecido tanto pelos autores que cuidam da franquia empresarial, lembrando entre os precedentes do instituto a política de distribuição adotada pela *General Motors*, no ano de 1889, utilizando de um processo de autorização do uso da marca e de distribuição dos produtos como forma de expansão dos negócios,<sup>35</sup> assim como pelos autores que abordam especificamente o *sistema brasileiro de distribuição de veículos, produtos e serviços automotivos*.<sup>36</sup>

Tem-se aqui um aspecto essencial da concessão comercial: embora seu objeto específico seja a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, assistência técnica a esses produtos e outras funções pertinentes à atividade, o direito de exercício de tal atividade faz-se como vantagem (benefício) de mercado, isto é, como *goodwill of trade*, usando a expressão norte-americana que já se consagrou para o tema. Vale dizer, o direito àquela comercialização é elemento que compõe o aviamento (*avviamento*, na doutrina italiana) da empresa, constituindo um elemento intangível que adere ao seu valor mercantil e, mais do que isso, merece proteção jurídica.

O conceito de fundo de comércio foi superado com o abandono, pelo vigente Código Civil, da Teoria do Ato de Comércio e a adoção da Teoria da Empresa. A idéia de *fonds de commerce* (fundos de comércio ou, como se preferiu no Brasil, fundo de comércio) surge no direito francês, sob o predomínio da Teoria do Ato de Comércio. Em oposição, o direito italiano, expri-

mindu a Teoria da Empresa, prefere a idéia de *avviamento* (aviamento, em português). A razão dessa conversão é muito simples: não se deve confundir o sujeito (empresário ou sociedade empresária) com o objeto (a empresa). E, no âmbito do vigente Direito Privado, é a empresa este somatório de um complexo de bens organizado (*estabelecimento*) e da atividade que é exercida, na qual se espera a manifestação de uma excelência. É essa excelência que dá a uma certa empresa vantagem sobre a outra, mesmo sendo iguais os seus respectivos patrimônios. O aviamento é justamente esse elemento organizacional, imaterial, intangível, que justifica um sobre-valor para a empresa, uma capacidade de produzir mais vantagens econômicas e, via de consequência, mais lucro. Daí dizer a doutrina anglo-saxônica de um vantagem (benefício) de mercado: *goodwill of trade*.

Nenhuma confusão pode haver entre esta dimensão dinâmica, intangível, da empresa (este *capital intelectual*, dizem os teóricos da administração empresarial e da mercadologia) e a sua dimensão material, tangível, que é o estabelecimento, na forma do artigo 1.142 do Código Civil: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.” A idéia de fundo de comércio, nos moldes apresentados pela doutrina até 2002, é superada com a adoção da Teoria da Empresa pelo vigente Código Civil. Em fato, é a empresa, essa atividade organizada para a produção de vantagem financeira que é constituída sobre o estabelecimento empresarial. A empresa é o somatório de estabelecimento e atividade. Aliás, a diferenciação entre o sujeito (empresário ou sociedade empresária) e o objeto (a empresa), bem como a diferenciação entre empresa e estabelecimento, ficam extremamente claras com a edição da Lei n. 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação de Empresas). Esta norma teve por objetivo a preservação da empresa, mesmo apesar do empresário ou sociedade empresária. Destarte, permite que o estabelecimento empresarial em funcionamento (a empresa, portanto) seja transferido a outrem que, destarte, manterá seu funcionamento e, com ele, atenderá à respectiva função social, ficando o ex-titular (empresário ou sociedade empresária falido ou em recuperação judicial) com o respectivo passivo.

Na hipótese focada, a concessão em si (ou, como se diz em algumas regiões do país, a *bandeira*) é uma vantagem (benefício) de mercado fruto do *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos*, na qual ocupa a dupla condição de (1) prestação devida pelo concedente e (2) vantagem auferida pelo concessionário que se incorpora ao seu patrimônio intangível, passando a compor o aviamento da empresa. Dessa maneira, tem-se claro que a preservação da vantagem, por comportamentos comissivos (*atos de fazer*) e omissivos (*atos de não-fazer*, isto é, abstenções voluntárias de ação), é uma obrigação jurídica do distribuidor/concedente (*obligatio ex contractu*), na mesma toada e proporção que é, para o concessionário, uma faculdade. Ações ou omissões do distribuidor que atentem contra essa vantagem (benefício) de mercado, constituem atos ilícitos, não importa se concretizados

por *dolo* ou *culpa* (nas modalidades de imprudência ou negligência), aplicado o artigo 186 do Código Civil, sendo alcançadas, igualmente, por força do artigo 187 do mesmo *Codex*, os casos de *abuso de direito*. Por todas essas situações, di-lo o artigo 927 do mesmo estatuto civil, o concedente/produzidor estará obrigado a indenizar os prejuízos experimentados pelo concessionário/distribuidor.

## 9 CONCORRÊNCIA ENTRE DISTRIBUIDOR E PRODUTOR

O estabelecimento de concorrência entre concedente e concessionário é um ato ilícito que atenta contra a faculdade outorgada por aquele (o produtor) a este (o distribuidor) de incorporar ao aviamento de sua atividade negocial uma vantagem específica de mercado, qual seja a concessão para atuar em determinada área. Não se tenha dúvida, aqui, tratar-se de uma questão de competição e, portanto, de um problema de Direito Concorrencial. Num brilhante estudo sobre *distribuição de automóveis novos*, Grande – lançando mão dos estudos elaborados por autores como Kumar, Stern, El-Ansary, Goughlan, Anderson, Day e Rangan – narra uma “mudança gradativa do foco de poder dentro dos canais de distribuição. Lentamente o poder está saindo das mãos dos fabricantes e migrando para os varejistas.” Trata-se de uma tendência “que vem ocorrendo no varejo em geral e a emergência dos mercados de massa têm colocado os varejistas como condutores do processo.” Neste contexto, afirmam autores como Stern, El-Ansary e Coughlan, citados por Grande, o interesse dos produtores por “novas estruturas de canais, bem como por novas formas de gestão dos canais de distribuição”, a exemplo do *encurtamento* dos canais distribuidores pela venda direta de produtos, “assumindo uma função antes relegada aos seus distribuidores”, como uma forma de redefinir, a seu favor, o foco de poder no mercado.<sup>37</sup>

Não se trata apenas de concorrência ilícita, em virtude da situação negocial específica havida entre as partes, tendo em vista as bases legais do *sistema brasileiro de distribuição de veículos, produtos e serviços automotivos*, como estudado nas seções anteriores deste artigo. É também uma hipótese de concorrência desleal. A deslealdade das vendas diretas realizadas pelas montadoras percebe-se na própria diferença de tratamento gerencial – designadamente, de custos – entre tais operações mercantis e as operações realizadas pelos concessionários. Com efeito, por exigência da própria conformação legal do contrato de concessão comercial de distribuição de veículos automotores, o revendedor tem sua atuação orientada por uma loja, colocada na condição de expressão física de sua atividade, a implicar custos que lhe são próprios, entre imóveis (custo da propriedade ou da locação), mobiliário específico, manutenção (da faxina aos reparos de engenharia), todos representando despesas para a empresa. Esse *varejo monocanal*, na expressão de Eduardo Souza Aranha,<sup>38</sup> é juridicamente obrigatório e contrasta

com a prática dos múltiplos canais ou *multicanais*, principalmente pelo estabelecimento de *canais diretos*, ou seja, canais de relacionamento direto com o consumidor, a implicar expressivas vantagens nos custos da operação que, destarte, torna-se muito mais rentável. Para principiar, a montadora – na condição de vendedora, que assume nas vendas diretas – não experimenta os custos de estoque, que incluem tanto o capital empacado no produto que, na loja, espera por seu consumidor, como também os custos com o estabelecimento que deve conservar e expor este produto, além de todo o pessoal que, sem estar diretamente envolvido com a venda, atua na preservação do estoque em condições adequadas. As *vendas de pátio* ou *vendas de produtos vindos diretos da fábrica* simplesmente estão assentadas numa lógica de custos diversa, com peso muito menor no valor total da operação, permitindo um valor final de venda igualmente menor ou um lucro maior em cada operação. Não é preciso haver um *staff* cotidiano, para atender mesmo àqueles que só querem *namorar* o veículo. As vendas de pátio são operações essencialmente conclusivas, isto é, atraem justamente àqueles que já *namoraram* – e muito, por vezes – o produto e para lá se dirigem com o objetivo de concluir a compra.

Desta forma, a montadora, recorrendo às promoções de vendas diretas, não concorre em mesmo plano e em mesmas condições com suas revendedoras, que estão obrigadas às vendas de loja. Há uma concorrência em estruturas de custos distintas, que privilegiam a montadora. Como se não bastasse, o gozo desse benefício indevido de mercado, resultante de condições que são artificialmente distintas, a exploração direta do mercado determina uma *canibalização* do mercado de veículos, o que contraria os termos intrínsecos da contratação estabelecida entre montadora concedente e revendedora concessionária. Lembre-se: essa contratação tem, como um de seus objetos genéricos e maiores, justamente a cessão de um mercado, ou, preferindo-se, a cessão do direito de exploração do mercado em determinado território e a partir de determinada base e canal (*monocanal*). Essa operação constante implica contato direto com uma demanda que vai, aos poucos, transformando-se em aquisições. O *feirão* exaure esta demanda habitual e deixa aquele território mercantil esgotado por um período, ônus que será suportado pelo concessionário, caracterizando prejuízo indenizável, na forma do artigo 927 do Código Civil. Não se esqueça, a propósito, que automóveis são bens de consumo durável, vale dizer, que sua aquisição não se faz ordinariamente, mas excepcionalmente.

De outra face, a deslealdade da concorrência é agravada quando se considera o contexto promocional que é inerente aos *feirões* ou *vendas de pátio*, eventos cuja própria lógica compreende-se de forma antagônica à atuação regular, ordinária, cotidiana, do concessionário, com efeitos deletérios sobre a freguesia e, mais, sobre o aviamento concedido. A questão mercadológica e jurídica relevante que está em palco, em contextos tais, gravita em torno da idéia de motivação para a conclusão de negócios. “As

necessidades ativam as motivações, que, por sua vez, movem os indivíduos em direção a possíveis formas de satisfazê-las. Entretanto, as motivações encontram resistências, os chamados *freios*. Os freios são forças que vão na direção contrária das motivações. Eles podem ser classificados em dois tipos: as inibições e os medos. [...] A função dos profissionais de marketing diante dos freios é o de tentar reduzi-los, proporcionando maior segurança e oferecendo garantia aos consumidores. Os freios não podem ser eliminados, somente reduzidos. À medida que são atenuados, a força das motivações sobressai-se e vice-versa.”<sup>39</sup>

Essa particularidade do comportamento do consumidor, aliás, está na raiz de um comportamento colaboracional adotado por alguns distribuidores (de veículos e de outros bens) que realizam eventos promocionais por meio de sua rede de distribuição. Tais empresas evitam os efeitos nocivos da concorrência vertical, isto é, da concorrência entre produtor e distribuidor, atuando de forma conjunta na exploração das possibilidades do mercado, num rateio de ônus e bônus que beneficia aos parceiros negociais. Daí recomendar Grande: “Desenhar, desenvolver e manter relacionamentos efetivos entre os membros do canal de distribuição, que melhorem a coordenação entre os diferentes elos da cadeia produtiva, tornou-se uma questão importante para as empresas que desejam alcançar vantagens competitivas sustentáveis.” Eis por que a autora chama a atenção para a *vantagem competitiva* que é representada por “formas mais cooperativas de relacionamento no canal, com formação de parcerias e alianças estratégicas.” Essas formas cooperativas, aliás, não impedem a exploração de novos canais de distribuição, deve-se frisar. A própria Grande reconhece, dissertando sobre a venda de veículos pela Internet, que:

No entanto, a rede de concessionárias é responsável pela maior parte do volume de carros novos vendidos no país e é nela que grande parte das vendas iniciadas pela internet se concretiza. Além disso, as concessionárias são os canais de entrega e de serviços dos produtos vendidos pelas montadoras ao consumidor final através da internet”<sup>40</sup>.

Nestas searas, mesmo o conceito de liberdade de ingressar no mercado e seus corolários (liberdade de permanecer no mercado e liberdade de sair do mercado), precisam ser cadenciados, ou seja, precisam ser compreendidos dentro de contextos maiores, sob pena de se admitir ingresso (1) abusivo, (2) ilegítimo e (3) ilegal. Coloca-se ao jurista, destarte, uma investigação que é rara, mas que é adequada: a licitude e, mais, necessidade de se impedir o ingresso de determinado ato no mercado, incluindo aí a sua permanência no mesmo, face ao perigo de desequilibrar a estrutura de exploração eqüitativa de suas possibilidades, estabelecendo, sob o argumento de livre concorrência, condições predatórias de competição. Não sem razão, a Lei n. 6.729/79 limita o ingresso do distribuidor nesse mercado final, em seu artigo

15 que, estabelecendo que “o concedente poderá efetuar vendas diretas de veículos automotores”, limita-a a duas hipóteses: (1) independentemente da atuação ou pedido de concessionário, à Administração Pública, direta ou indireta, ou ao Corpo Diplomático, bem como a outros compradores especiais, nos limites que forem previamente ajustados com sua rede de distribuição; (2) por meio da rede de distribuição, às pessoas listadas na primeira hipótese, incumbindo o encaminhamento do pedido a concessionário que tenha esta atribuição, a frotistas de veículos automotores, expressamente caracterizados, cabendo unicamente aos concessionários objetivar vendas desta natureza, e, finalmente, a outros compradores especiais, facultada a qualquer concessionário a apresentação do pedido.

## 10 CONCLUSÃO

Como demonstrado no estudo acima, a edição e a conservação no direito brasileiro da Lei n. 6.729/79 é, *de per se*, uma limitação taxativa da atuação das montadoras. Tal norma – nela destacada o artigo 15, transcrito ao fim da seção anterior – constitui uma incontestável e legítima intervenção econômica no domínio privado, justificada pela proteção especial que o Estado confere ao *sistema brasileiro de distribuição de veículos, produtos e serviços automotivos*. Trata-se de norma que se compreende, em primeiro lugar, como expressão do dispositivo inscrito no artigo 170, parágrafo único, da Constituição da República que, não obstante assegure “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos”, ressalva *os casos previstos em lei*. Na hipótese focada, tem-se igualmente uma limitação legal ao livre exercício de determinada atividade econômica – *vendas diretas de veículos automotores pelo concedente*, na expressão do *caput* do artigo 15 da Lei n. 6.729/79 –, sendo que a ressalva dos casos previstos em lei, aqui, interpreta-se em consonância com a *Lei Renato Ferrari*, ou seja, *nos limites que forem previamente ajustados com sua rede de distribuição*, o que aponta para norma convencional – contrato coletivo privado.

Nem se fale, aqui, em inconstitucionalidade da previsão por vulneração aos *princípios da livre iniciativa e livre concorrência*, pois tal argumento estará simplesmente distorcendo a inscrição constitucional dos dispositivos. Scott enfatiza que o conceito constitucional de *ordem econômica* traduz, em razão da complexidade crescente das relações econômicas, um ambiente que corresponde a um modelo idealizado, composto por uma seleção e inserção de valores e princípios limitadores, bem como mecanismos de controle, incentivos e projeções; visa a um funcionamento harmônico dos agentes públicos e privados para garantir elementos conformadores de um determinado sistema econômico, ou seja, visa à instituição de uma *determinada forma de organização e funcionamento da economia*.<sup>41</sup> A liberdade de concorrer, portanto, não se afirma no amplo universo das possibilidades e impossibilidades

físicas (o plano do *poder ser*), mas no universo mais reduzido das possibilidades e impossibilidade jurídicas (o plano do *dever ser*); não se compreende como atributo da realidade física (*φύσις*: *physis*), mas da realidade social e jurídica (*polis*, ou seja, *δῆμος*). Em verdade, a colocação do princípio da livre concorrência no âmbito do *poder ser*, da mera capacidade física de fazer ou deixar de fazer, determinaria um quadro de anarquia, de ausência de Estado e, via de consequência, de predominância do arbítrio individual: práticas como a fixação de preços predatórios, por exemplo, seriam justificadas pela afirmação singela de que o agente está exercendo sua liberdade de concorrer: os concorrentes, se desejarem, que também fixem seus preços abaixo do custo do bem ou serviço.

Fica claro, portanto, que não se pode compreender *liberdade de ação* e *liberdade de concorrer* por uma interpretação meramente lingüística, tomando as palavras por seus significados comuns. Ambos os princípios significam bem mais do que os seus rótulos. Traduzem perspectivas essencialmente jurídicas, formadas ao longo de uma evolução histórica, cuja análise (principalmente focada no ambiente dos três últimos séculos do II milênio d.C.) dá-lhe exegese específica, técnica. Nesta toada, é indispensável ter em linha de consideração que liberdade de ação e, principalmente, liberdade de concorrer, tomam-se tendo por referência um ambiente econômico idealizado, no qual algumas práticas são aceitas e outras são vedadas. A ordem econômica e financeira nacional nada mais é do que um *paradigma jurídico-econômico*, portanto: é um padrão ou conjunto de padrões diversos que devem orientar a atuação do Estado, assim como orientam todo o esforço doutrinário do jurista, além do trabalho de interpretação e aplicação de normas e metanormas jurídicas no exercício da *iurisdictio*, isto é, no exercício da função de *dizer o direito* que foi constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário. Somente no espaço expressa e exaustivamente permitido pelo artigo 15 da Lei n. 6.729/79 podem os distribuidores realizar vendas diretas. Os atos praticados fora de tal licença legal taxativa são ilícitos.

Num segundo plano, como demonstrado na seção 5 deste artigo (*contratos coletivos*), uma das características do *sistema brasileiro de distribuição de veículos, produtos e serviços automotivos*, tal como desenhado na Lei n. 6.729/79, é a constituição de um espaço de negociação coletiva para o estabelecimento de normas aplicáveis a todo o sistema (*convenção das categorias econômicas*) ou a cada categoria econômica de produtor e respectivos distribuidores (*convenção de marca*). Afirmou-se assim, por determinação e delegação legais, um espaço privado para constituição de obrigações jurídicas contratuais de foro e aplicabilidade coletivos. Neste contexto, importa observar o texto legal. Excetuada a Administração Pública, direta ou indireta, ou ao Corpo Diplomático (inciso I), o artigo 15 da Lei n. 6.729/79 somente permite ao concedente efetuar vendas diretas de veículos automotores independentemente da atuação ou pedido de concessionário, “a outros compradores especiais, nos limites que forem previamente ajustados com sua

rede de distribuição”. E esse ajuste prévio estabelecido com a respectiva rede de distribuição faz-se, também, segundo aquela norma jurídica. Afinal, de forma harmônica, o artigo 19, XIV, da mesma *Lei Ferrari* estatui que se celebrarão convenções da marca para estabelecer normas e procedimentos relativos a [...] vendas diretas, com especificação de compradores especiais, limites das vendas pelo concedente sem mediação de concessionário”.

O tema, aliás, foi abordado e disciplinado na Primeira Convenção da Categoria Econômica dos Produtores e da Categoria Econômica dos Distribuidores de Veículos Automotores, celebrada entre Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores – ANFAVEA e a Associação Brasileira dos Distribuidores de Veículos Automotores – ABRAVE, em obediência à Lei n. 6.729/79. Esta convenção coletiva foi celebrada em 16 de dezembro de 1983 e publicada no Diário Oficial da União de 13 de janeiro de 1984, trazendo todo um capítulo (Capítulo XVII) dedicado ao tema. E tal norma não traz autorização para vendas diretas e a varejo para consumidores finais. Cuida-se, portanto, de ato ilícito, desrespeitando não só norma legal (*obligatio ex legis*), como igualmente norma convencional (*obligatio ex contractu*).

A venda direta de veículos pela montadora, fora do âmbito legal e convencional admitido, caracteriza ato ilícito doloso, do qual resulta, inequivocamente, danos econômicos e morais ao distribuidor ou distribuidores daquele território e, eventualmente, dos territórios avizinhadados. Danos econômicos, pois se têm prejuízos à vantagem de mercado (*goodwill of trade*) que deve ser transferida ao distribuidor em cada contrato de concessão comercial de distribuição de veículos, nos termos analisados nas seções 3, 5 e, principalmente, na seção 9 deste artigo. Já os danos morais decorrem das lesões que são experimentadas pela boa imagem mercantil do concessionário ou concessionários naquela praça, direitos de personalidade que merecem proteção em face do que se encontra estipulado no artigo 52 do Código Civil, segundo o qual se aplica às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Citando Lazer e Keiley, Las Casas lista como *componentes principais das variáveis controláveis do varejo*: (1) *subcompostos de produtos e serviços* (decisão de compra, formação de preços, concessão de crédito, nível de produtos e serviços), (2) *comunicação* (propaganda, promoções etc) e (3) *distribuição* (ponto, depósitos, nível de estoques, canais de distribuição etc).

Todo o esforço somente tem sentido se o composto de marketing estiver devidamente adaptado ao ambiente de atuação da empresa. Deve-se considerar a abordagem sistêmica. Segundo esta abordagem, o esforço de integração das variáveis é necessário para um planejamento coerente.<sup>42</sup>

A intervenção direta da montadora no mercado da concessionária, todavia, constitui uma *variável heterodoxa*, aparentemente controlável, pois

poderia – e deveria – ser evitada. Trata-se de comportamento que denota concorrência ilícita e essencialmente deletéria em seus efeitos sobre a administração da atividade da revendedora concessionária. Daí a juridicidade, legitimidade e constitucionalidade da limitação de ingresso dos produtores no mercado que é destinado aos distribuidores, excetuadas hipóteses angustas e específicas, como estudado.

Em fato, no plano dos *subcompostos de produtos e serviços*, a venda direta, antes de mais nada, torna equivocadas, *a posteriori*, as decisões de compra que foram acertadas, *a priori* (ao tempo em que tomadas, ou seja, antes do evento da venda direta), na medida em que consideraram um nível corrente e normal de demanda. No entanto, a prática do feirão exaure, como visto, essa demanda habitual, corrente, que sustenta a atuação regular, cotidiana, ortodoxa das concessionárias. Tem-se, dessa forma, uma inadmissível *canibalização de mercado* que, sequer, precisa enquadrar-se no plano genérico das normas do Direito Concorrencial. A Lei n. 6.729/79 já anteviu o cenário desastroso que dela decorreria e o recusou, amputando o amplo acesso de produtores aos canais diretos de venda, estabelecendo uma absurda concorrência vertical.

Como se só não bastasse, a prática dos *feirões* impacta a percepção de preço do mercado, sua expectativa de crédito, entre outros efeitos diretos e indiretos, com resultado nefasto sobre a imagem do revendedor, bem como sobre a administração de seu negócio. Lembre-se, a propósito, que “os preços são expressivos componentes do composto de marketing para a formação da imagem”.<sup>43</sup> Não é uma afirmação isolada:

Os *preços promocionais* são uma importante forma de induzir potenciais compradores ao consumo. Estes, de fato, esperam preços baixos em todas as compras que fizerem. Também está fora de questão que as vendas podem ser muito aumentadas no curto prazo por meio de reduções de preço ou de cupons de desconto em futuras compras. Contudo, preços promocionais podem ser perigosos se usados regularmente. Em primeiro lugar, seus efeitos são temporários e limitados à ação retaliatória da concorrência. Além disso, podem induzir os consumidores a estocar e reduzir futuras compras. Por fim, uma vez iniciados, os preços promocionais são difíceis de reverter e podem gerar uma interminável retaliação por parte de competidores.<sup>44</sup>

No plano da *comunicação*, a prática das *vendas de pátio* estabelece uma mídia universalizadora que destrói os canais fidelizadores que foram legitimamente estabelecidos pelo concessionário com sua clientela, destruindo a percepção de freguesia que orienta a determinação e manutenção de seu ponto empresarial. Já no plano da *distribuição*, a realização das vendas diretas rompe com a lógica da administração de estoques, principalmente na determinação de seu nível, o que representa, uma vez mais, um dano ao aviamento empresarial do concessionário. Las Casas, a propósito, diz que

a administração de estoques está intimamente relacionada às vendas empresariais. Uma determinação do nível de estoque a ser mantido decorre da previsão de vendas estabelecida para aquele período. Os estoques estão intimamente relacionados com a expectativa de vendas. Espera-se vender muito e o responsável pelo nível de estoques irá preparar-se com quantidade suficiente para atender a demanda. Se esta não ocorrer, os custos serão altos devido à manutenção de mercadorias desnecessárias.<sup>45</sup>

Sem discordar, Inafuco ensina que

todas as decisões envolvendo o mix de produtos repercutem diretamente na gestão de estoques. E todas as decisões envolvendo o volume de estoques têm impacto financeiro. [...] Assim, o processo de escolha dos produtos que serão comercializados e toda a negociação de compras desses produtos assumem importância cada vez maior nas empresas varejistas brasileiras.<sup>46</sup>

Observe-se, por exemplo, que uma revendedora que trabalhe com estoque de dois veículos de luxo, considerando que a média mensal de vendas de tal modelo é esta, enfrentará um excesso de estoque se, na realização de um feirão, foi esgotada a demanda local presente para aquela categoria mercadológica. A percepção da segmentação do mercado e seus efeitos sobre a administração da atividade negocial de revenda de automóveis é completamente subvertida, o que simplesmente destrói, por tempo imprevisível, a análise de clientela de cada concessionário, desorientando-o sobre compras e estoques.

Para determinar o que comprar, o primeiro passo é a avaliação das necessidades dos consumidores. Para isto, os princípios de segmentação devem ser postos em prática, pois auxiliam no direcionamento das atividades mercadológicas. Determinar segmentos, selecionando o mercado-alvo, permite uma melhor condição para compreensão dos hábitos de consumo do grupo visado. Os esforços são concentrados especificamente no grupo de interesse. Com a determinação dos seguimentos é possível avaliar e estimar a demanda.<sup>47</sup>

Não é outra a opinião de Maurício Gerbaudo Morgado que, ao examinar os desafios mercadológicos do varejo, aborda a segmentação sobre múltiplos aspectos (acessibilidade, lucratividade etc), entre os quais está a mensurabilidade: “É necessário que se tenham informações que permitam verificar o valor do segmento, isto é, quantas pessoas se encontram nas condições imaginadas e quando normalmente consomem ou consumiriam do produto ou serviço.”<sup>48</sup>

Há também – ainda no plano da distribuição, uma completa desorganização das *áreas de influência* dos concessionários:

Área de influência é a área geográfica em que a empresa varejista obtém a maior parte de seus clientes. Em outras palavras, é a área de influência de uma loja para a venda de determinado produto. A partir de certo ponto, os compradores dão preferência a outros concorrentes, devido à localização mais próxima.<sup>49</sup>

Fica claro, portanto, que a prática das *vendas diretas*, fora do âmbito legalmente permitido e convencionalmente regulamentado, é ato ilícito do qual, como causa eficiente, decorrem danos econômicos e morais diretos aos concessionários, permitindo-lhes o recurso à ação indenizatória, pela combinação dos artigos 186 e 927 do Código Civil, combinados com os dispositivos da Lei n. 6.729/79, nesta destacado o artigo 15. Essa indenização, ademais, deve ter por referência o artigo 714 do Código Civil: “Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência”. Para tanto, deve-se ter em linha de consideração que o *contrato de concessão comercial de distribuição de veículos* é espécie jurídica do contrato de distribuição, que é nomeado no Capítulo XII (*Da Agência e Distribuição*) do Título V (*Dos Contratos em Geral*) da Parte Especial do Código Civil. Foi o que demonstrei na seção 3 deste artigo.

Não é só. Considerando-se que, por meio do contrato de concessão comercial de distribuição de veículos, o produtor concede ao distribuidor uma vantagem de mercado (*goodwill of trade*), elemento que compõe o aviamento de sua empresa, o respectivo instrumento de contrato é título que permite ao concessionário obter, judicialmente, a declaração do direito de não ver realizadas tais vendas diretas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Eduardo de Souza. A revolução dos canais diretos. In ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MARKETING DIRETO - ABEMD (Org.). *Marketing direto no varejo*. São Paulo: Makron Books, 2001.

DAHAB, Sônia (Coord.). *Entendendo o franchising: uma alternativa eficaz para o pequeno e médio empreendedor*. Salvador: Casa da Qualidade, 1996.

DUFFY, Dennis L. *Do something!:* guia prático para fidelização de clientes. Tradução Frank Edwin Duuvoort. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

EPSZTEIN, Léon. *A justiça social no antigo oriente médio e o povo da Bíblia*. Tradução M. Cecília de M. Duprat. São Paulo: Paulinas, 1990.

FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- GABRICH, Frederico de Andrade. *Contrato de franquia e direito de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GALVÃO, Ramiz. *Vocabulário etimológico, ortográfico e prosódico das palavras portuguesas derivadas da língua grega*. Rio de Janeiro, Belo Horizonte: Garnier, 1994.
- GALVÊAS, Ernane. O Direito de concorrência. In COSTA, Marcos da et al. (Org.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- GRANDE, Márcia Mazzeo. *A distribuição de automóveis novos em mudança? Estudo a partir de survey e pesquisa qualitativa em concessionárias* (Tese de Doutorado). São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo/ Departamento de Engenharia de Produção, 2004.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- INAFUCO, Jorge Kenkitsi. Produtos. In MORGADO, Maurício Gerbaudo; GONÇALVES, Marcelo Neves (Org.). *Varejo: administração de empresas comerciais*. São Paulo: Senac/SP, 1997.
- LAS CASAS, Alexandre Luzzi. *Marketing de varejo*. São Paulo: Atlas, 1994.
- LEICKY, Gwendolyn. *Mesopotâmia: a invenção da cidade*. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Imago, 2003.
- KARSAKLIAN, Eliane. *Comportamento do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: volume 1: empresa e atuação empresarial*. São Paulo: Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_: volume 2: direito societário (sociedades simples e empresárias). São Paulo: Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_: volume 3: títulos de crédito. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Semiologia do direito: um debate referenciado pela animalidade e a cultura*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 2.000.
- McMATH, Robert M.; FORBES, Thom. *Onde eles estavam com a cabeça?* Tradução Maria Whitaker Ribeiro Nolz. São Paulo: Makron Books, 1999.
- MIORI, Celso. Preços. In MORGADO, Maurício Gerbaudo; GONÇALVES, Marcelo Neves (Org.). *Varejo: administração de empresas comerciais*. São Paulo: Senac/SP, 1997.
- MORGADO, Maurício Gerbaudo. *Marketing e estratégia*. In MORGADO, Maurício Gerbaudo; GONÇALVES, Marcelo Neves (Org.). *Varejo: administração de empresas comerciais*. São Paulo: Senac/SP, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PIMENTA, Luiz José. *A crise na rede de concessionárias de automóveis no Brasil* (Dissertação de Mestrado). Salvador: Universidade de Salvador – UNIFACS/Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, 2002.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais – comentários à lei de franchising, com jurisprudências*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

---

<sup>1</sup> PIMENTA, Luiz José. *A crise na rede de concessionárias de automóveis no Brasil* (Dissertação de Mestrado). Salvador: Universidade de Salvador – UNIFACS/Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, 2002, p. 16.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 16-17.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 17-21.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 21-23.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 23-30.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 34-36.

<sup>8</sup> GRANDE, Márcia Mazzeo. *A distribuição de automóveis novos em mudança?* Estudo a partir de *survey* e pesquisa qualitativa em concessionárias (Tese de Doutorado). São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo/Departamento de Engenharia de Produção, 2004, p. 14.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>10</sup> MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: volume 1: empresa e atuação empresarial*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 334.

<sup>11</sup> Diário do Judiciário da União, 13.06.2005, p. 211.

<sup>12</sup> Cf. SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais – comentários à lei de franchising, com jurisprudências*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 18. FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 45.

<sup>13</sup> GABRICH, Frederico de Andrade. *Contrato de franquia e direito de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

<sup>14</sup> GRANDE, *op. cit.*, p. 13.

<sup>15</sup> Na procura das origens históricas do instituto, Dahab afirma que *franquia* é palavra derivada de *franchisage*, termo que, no francês, tem raiz em *franc*: outorga de um privilégio, de uma autorização; destaca que na Idade Média existiam cidades francas (*franche* ou *franchise*), localidades de onde os habitantes e seus bens podiam circular livremente, sem pagamento de taxas ou impostos ao Estado e/ou à Igreja. O verbo *franchiser*, neste contexto, traduziria o ato de tornar franco por meio da concessão de uma *carta de franquia*, o que, em inglês, era chamado *letter of franchise*. Nesta toada, a autora identifica o *franchising* (expressão inglesa derivada de *franchisage*, no francês) como atos de outorga de direitos (mesmo nobiliárquicos), privilégios, vantagens que, com o passar do tempo, assumiram mesmo um

contorno comercial, como a franquia de rotas comerciais, da qual teria sido beneficiária a Companhia das Índias Ocidentais. (cf. DAHAB, Sônia [Coord.]. *Entendendo o franchising: uma alternativa eficaz para o pequeno e médio empreendedor*. Salvador: Casa da Qualidade, 1996; p. 13-14.) Próximo, Houaiss ensina que o antepositivo *franc-* provém do francês *franc*, sendo uma derivação de *frânc* (*frank*), latinizado *francus*, nome de um povo germânico que invadiu o norte da Gália: os francos, que hoje, aliás, dão nome ao próprio Estado: a França (terra dos francos); o uso do antepositivo *franc* é atestada já no século XI, na acepção de livre. Franquear, portanto, é fazer franco, ou seja, é permitir, é liberar. (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001; p. 1.384; p. 1.387)

<sup>16</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 24 *et. seq.*

<sup>17</sup> Cf. MAMEDE, Gladston. *Semiologia do direito: um debate referenciado pela animalidade e a cultura*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 2.000, p. 157 *et seq.*

<sup>18</sup> GALVÃO, Ramiz. *Vocabulário etimológico, ortográfico e prosódico das palavras portuguesas derivadas da língua grega*. Rio de Janeiro, Belo Horizonte: Garnier, 1994.

<sup>19</sup> Cf. MAMEDE, Gladston. *Semiologia do Direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

<sup>20</sup> Cf. LEICKY, Gwendolyn. *Mesopotâmia: a invenção da cidade*. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

<sup>21</sup> GALVÊAS, Ernane. O direito de concorrência. In COSTA, Marcos da et al. (Org.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 43.

<sup>22</sup> GALVÊAS, *loc. cit.*

<sup>23</sup> Cidade-Estado localizada no sudeste da Suméria e que teve grande importância no período entre 2.300 a 1450 a.C. (Cf. EPSZTEIN, Léon. *A justiça social no antigo oriente médio e o povo da Bíblia*. Tradução M. Cecília de M. Duprat. São Paulo: Paulinas, 1990, p. 13).

<sup>24</sup> Aliás, ele se auto-intitula o primeiro reformador da história; segundo Epsztein, com razão. (EPSZTEIN, Loc. cit.)

<sup>25</sup> EPSZTEIN, *op. cit.*, p. 13-14.

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

<sup>27</sup> GRANDE, *op. cit.*, p. 15.

<sup>28</sup> PIMENTA, *op. cit.*, p. 16.

<sup>29</sup> GRANDE, *op. cit.*, p. 12.

<sup>30</sup> LAS CASAS, Alexandre Luzzi. *Marketing de varejo*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 14.

<sup>31</sup> GRANDE, *op. cit.* p. 21-22.

<sup>32</sup> LAS CASAS, Alexandre Luzzi, *op. cit.*, p. 18.

<sup>33</sup> McMATH, Robert M.; FORBES, Thom. *Onde eles estavam com a cabeça?* Tradução Maria Whitaker Ribeiro Nolz. São Paulo: Makron Books, 1999, p. 31.

<sup>34</sup> DUFFY, Dennis L. *Do something!* Guia prático para fidelização de clientes. Tradução Frank Edwin Duuvoort. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p.15.

<sup>35</sup> SIMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 18. FERNANDES, *op. cit.*, p. 9.

<sup>36</sup> GRANDE, *op. cit.*, p. 13.

<sup>37</sup> GRANDE, *op. cit.*, p. 12.

<sup>38</sup> A revolução dos canais diretos. In ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MARKETING DIRETO - ABEMD (Org.). *Marketing direto no varejo*. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 17.

- <sup>39</sup> KARSAKLIAN, Eliane. *Comportamento do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 33-34.
- <sup>40</sup> GRANDE, *op. cit.*, p. 13-15.
- <sup>41</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 31-32.
- <sup>42</sup> LAS CASAS, *op. cit.*, p. 33.
- <sup>43</sup> LAS CASAS, *op. cit.*, p. 95.
- <sup>44</sup> MIORI, Celso. Preços. In MORGADO, Maurício Gerbaudo. GONÇALVES, Marcelo Neves (organizadores). *Varejo: administração de empresas comerciais*. São Paulo: Senac/SP, 1997, p. 180.
- <sup>45</sup> LAS CASAS, *op. cit.*, p. 131.
- <sup>46</sup> INAFUCO, Jorge Kenkitsi. Produtos. In MORGADO, Maurício Gerbaudo. GONÇALVES, Marcelo Neves (organizadores). *Varejo: administração de empresas comerciais*. São Paulo: Senac/SP, 1997, p. 136.
- <sup>47</sup> LAS CASAS, *op. cit.*, p. 78.
- <sup>48</sup> MORGADO, Maurício Gerbaudo. *Marketing e estratégia*. In MORGADO, Maurício Gerbaudo. GONÇALVES, Marcelo Neves (organizadores). *Varejo: administração de empresas comerciais*. São Paulo: Senac/SP, 1997, p. 73.
- <sup>49</sup> LAS CASAS, *op. cit.*, p. 56.

## DIRECT SALE OF MOTOR VEHICLES BY MANUFACTURERS: ILLEGALITY OF THE SO-CALLED “VERTICAL COMPETITION” BETWEEN THE VEHICLE PRODUCERS AND THE AUTHORIZED VEHICLE STORES

### ABSTRACT

The Law no. 6.729/79, with the changes put into effect by subsequent Law no. 8.132/90, rules the contracts signed between vehicle manufacturers and vehicle stores, aimed at turning these stores into the so-called “authorized sellers” of motor vehicles of a determined brand. Here the aforementioned contracts are to be analyzed as a groundwork for evaluating the legal possibility of manufacturers to compete with their network of authorized car stores, generating the so-called “vertical competition”, with negative effects upon these stores, which are to be highlighted in this paper.

**KEYWORDS:** Law no. 6.729/79. Law no. 8.132/90. Contract of trade concession for the distribution of motor vehicles. Vertical competition. Company.

## VENTE DIRECTE DE VEHICULES PAR LES FABRICANTS: ILLEGALITE DE LA CONCURRENCE VERTICALE ENTRE CONCEDENT ET CONCESSIONNAIRE

### RÉSUMÉ

La Loi n. 6.729/79, selon les modifications effectuées par la Loi n. 8.132/90, exemplifie le contrat de concession commerciale de distribution de véhicules, ici analysé comme la base pour l'étude d'une situation spécifique : la possibilité du producteur de concourir avec les concessionnaires qui composent leur filet distributeur (concurrency verticale), en mettant en valeur les effets délétères de cette pratique sur les sociétés concessionnaires.

**MOTS-CLÉS:** Loi 6.729/79. Loi n. 8.132/90. Contrat de concession commerciale de distribution de véhicules. Concurrence verticale. Société. Établissement.

# FONTES NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Helena Taveira Tôrres\*

1 Fontes do Direito Positivo e validade das normas: premissas a considerar. 1.1 Princípio da legalidade na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional. 2 O papel da Lei Complementar no Sistema Constitucional Tributário. 3 Instituição de tributos: a regra-matriz de incidência. 4 O tratado no sistema de fontes do Direito Positivo brasileiro. 5 O papel dos Decretos no Direito Tributário brasileiro. 6 As normas complementares no Direito Tributário brasileiro.

## RESUMO

O presente ensaio trata de fixar as premissas da relação entre a noção de fontes do direito positivo e validade das normas, buscando o papel da lei complementar, dos tratados, dos decretos e das normas complementares no Sistema Tributário Constitucional brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fontes. Direito Tributário. Normas. Lei Complementar. Tratados. Decretos. Normas Complementares. Sistema Tributário.

## 1 FONTES DO DIREITO POSITIVO E VALIDADE DAS NORMAS: PREMISSAS A CONSIDERAR

Na forma de sistema de *direito positivo*, define-se usualmente o Direito como um conjunto de normas válidas, em vigor numa dada sociedade e num certo período histórico; normas estas que são prescrições para a conduta humana, a serem observadas na respectiva comunidade, cuja inobservância poderá ser sancionada, na medida que o sistema constitui-se com uma organização para o emprego da coação, como aduz Norberto Bobbio.

Nesse sistema, as *normas jurídicas* são unidades sintaticamente inter-relacionadas mediante vínculos horizontais (relações de coorde-

---

\* Professor de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Graduação e Pós-Graduação) e Professor do Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado da PUC/SP Livre-Docente, pela USP Doutor, pela PUC/SP Mestre em Direito Tributário (UFPE). Especializado em Direito Tributário Internacional, pela I Universidade de Roma "La Sapienza". Advogado.

nação) e verticais (relações de subordinação - hierarquia), no qual a inserção de novas regras ocorre a partir de um determinado ato de decisão, cuja atividade deve sempre atender aos critérios de validade formal (*processo* adequado para a formação e a *autoridade competente* para criar a norma) e *material* (princípio da *compatibilidade vertical com o conteúdo das normas de fundamentação – competências – e nos limites de sua demarcação*).

Essa é uma questão de base, qual seja, o estudo da relação entre a noção de “fontes do direito positivo” e “validade das normas”<sup>1</sup>. Assim, a juridicidade atribuída às normas que participam do ordenamento deflui dos respectivos critérios de validade eleitos pelo sistema, para que se possa então argumentar da existência destas, na medida que tenham atendido aos rigores formais e materiais de validação. A *validade* se confunde com a *existência*. Dizer que uma norma existe implica o reconhecimento da sua validade, em face de um dado sistema. “*Ou a norma existe, está no sistema e é, portanto, válida, ou não existe como norma jurídica*”, como afirma Lourival Vilanova<sup>2</sup>.

O estudo das *fontes do direito* cumpre necessariamente um papel preordenado axiologicamente de certeza jurídica sobre a determinação constitucional dos *órgãos* e suas *competências* para a criação e aplicação do direito positivo, ademais do *procedimento* que tais *órgãos* devem adotar para criação de regras jurídicas (abstratas ou concretas), ou ainda sobre as próprias espécies dos chamados “veículos introdutórios de normas” (Paulo de Barros Carvalho), que são obtidos ao final de tal procedimento (leis, decretos, resoluções etc), envolvendo-se, destarte, com o próprio estudo dos pressupostos de *validade* normativa de cada norma posta no ordenamento.

Nos países de tradição romanística, encontra-se na Constituição a referência técnica aos *órgãos* produtores de normas jurídicas e respectivas competências materiais, como ponto de partida para a construção de todo ordenamento, de um tal modo que qualquer regra jurídica produzida mantenha sempre compatibilidade formal e material com aquelas que determinem seu conteúdo ou os regimes formais de sua produção, como procedimentos e outros (publicidade, forma etc).

Partindo da idéia segundo a qual a teoria das fontes do direito impõe-se como um estudo da validade do processo, mediante o qual as regras do direito são postas, diz Miguel Reale:

a fonte do direito implica o conjunto de pressupostos de validade que devem ser obedecidos para que a produção de prescrições normativas possa ser considerada obrigatória, projetando-se na vida de relação e regendo momentos diversos das atividades da sociedade civil e do Estado<sup>3</sup>.

Ainda este mesmo autor:

Destarte, uma lei somente pode ser considerada como tal se ela obedece ao devido processo de sua elaboração, exigindo-se, por exemplo, que ela seja emanada pelo poder competente e sancionada e promulgada de acordo com os imperativos constitucionais<sup>4</sup>.

E que mais adiante, complementa: “o que sobreleva notar é que para cada forma de processo legislativo são indicados os seus pressupostos de validade, atendendo-se a razões de certeza e segurança”<sup>5</sup>.

Esse foi o modo encontrado pelo liberalismo para distribuir o poder decisório e vinculante, por desconcentração, entre distintas unidades do próprio Estado, como condição para a racionalidade do direito e eliminação do exercício de qualquer domínio, mediante concentração em um único indivíduo de poder de controle e de decisão. E a deliberação sobre instituição de obrigações patrimoniais tributárias quedou-se reservada exclusivamente à lei, como ato de vontade dos representantes do povo, para garantia da liberdade e dos direitos de propriedade e de autonomia privada.

### 1.1 Princípio da legalidade na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional (CTN)

O princípio de legalidade é uma referência específica para exigir-se que um determinado órgão do sistema jurídico (legislativo), pela sua composição plural e representativa, segundo um procedimento democrático de apreciação e votação (processo), seja a *fonte* única de decisão sobre certas matérias (competência). Essa legalidade que vincula a todos e aparece sob distintas formas (lei, lei complementar, decreto legislativo, etc), pressupõe a qualificação da sua fonte produtora. E como cada aspecto está determinado por normas constitucionais ou de outras leis, fecha-se o sistema numa auto-referência que preserva a autonomia sistêmica de cada ordem.

Na Constituição brasileira, o princípio da *legalidade* desempenha três importantes papéis<sup>6</sup> (competências), a saber: i) como princípio da “reserva de lei” formal, quanto às matérias para as quais a Constituição exige lei específica (agregue-se a reserva de *lei complementar*); ii) como princípio da “tipicidade”, ou legalidade material, quanto à tipificação exaustiva dos critérios normativos (ex. art. 150, I, CF); e iii) como princípio da “vinculatividade”, ou como prefere Alberto Xavier, princípio de preeminência<sup>7</sup>, a exigir submissão de todos os atos administrativos ao império da vontade legislativa (ex. art. 37, CF), afinal, a vontade da administração não detém vontade inovadora, salvo em caráter emergencial (medida provisória), e sempre dependente da aquiescência legislativa; antes, dá cumprimento à legalidade, pelo assentimento da representação da vontade do povo.

A legalidade substantiva condiciona o poder, põe-no dentro de limites, circunscrevendo seu campo de ação material. Todo o problema da tipicidade resolve-se numa questão de disciplina dos poderes públicos (ou privados). Essa é uma forma de garantia fundamental, pois quanto mais estiver disciplinado o exercício do poder, menor o espaço para o arbítrio (*princípio da interdição da arbitrariedade*), ao reduzir o campo de interpretação dos conceitos, institutos e formas do direito. A ação do aplicador queda-se vinculada à vontade coletiva expedida na lei, exclusivamente.

No Brasil, em face do conteúdo do art. 150, I, da Constituição, o qual exige, além da legalidade formal, como estipulado pelo art. 5º, II, para a existência de qualquer obrigação tributária, o atendimento a todos os critérios necessários e suficientes à verificação da ocorrência do fato jurídico, bem como da respectiva obrigação tributária. Corrobora, assim, o máxime preceito democrático segundo o qual “instituir tributo” é o mesmo que dizer: criar lei contendo todos os elementos imprescindíveis à constituição válida de uma relação tributária; e “aumentar tributo”, o mesmo que falar na alteração de um ou mais dos critérios da norma, porquanto a lei deverá determinar: a *hipótese normativa* completa, com seus critérios material, espacial e temporal; bem como os critérios que prescrevam a *relação jurídico-tributária*, com seus elementos indicados amiúde: sujeito ativo, sujeito passivo, base de cálculo e alíquota. A norma geral e abstrata, expressa sob a forma de lei, na criação de tributos, deverá conter, pois, todos esses elementos, como meio de realizar o princípio maior da *certeza do direito*, na medida que o preenchimento desses critérios, outrossim, não poderá ser arbitrário, mas vinculado à realização dos princípios maiores declarados na Constituição.

E afora as obrigações principais, a legalidade<sup>8</sup> material (tipicidade) será exigida para a determinação das sanções tributárias (art. 5º), concessão de subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão (150, § 6º), e instituição de obrigações acessórias (art. 5º, II).

Essa exigência de tipicidade amplia-se ainda mais quando a Constituição atribui *competências exclusivas* às pessoas políticas, segundo uma distribuição *tipológica* (arts. 153, 155 e 156), e, ao mesmo tempo, veda qualquer espécie de invasão de competências (art. 146, II), como forma de garantir os valores de igualdade, propriedade, justiça material e propriedade. Como corolário dessa ordem constitucional, o legislador, dando prosseguimento ao processo de positivação do direito, criará leis que guardem fidelidade ao conceito-matriz identificado constitucionalmente, à luz dos valores que a Constituição informa, especialmente o princípio da capacidade contributiva, para os fins de identificar os fatos que possam relevar capacidade econômica suficiente para suportar o encargo fiscal.

O Código Tributário Nacional, a respeito da legalidade e usando de referências as distintas fontes do direito positivo brasileiro, traz algumas regras sobremodo relevantes.

A primeira encontra-se no art. 96, para garantir uma uniformização de sentido, diferenciando “lei” de “legislação tributária”, ao admitir que o uso desta última “compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes”. Com isso, o CTN ganha em harmonia, quanto aos limites dos atos complementares, especialmente, construindo seus limites. É o caso, por exemplo, do art. 106, quando fala em retroatividade de “lei interpretativa”, que não pode ter estendidos seus efeitos para as chamadas “normas complementares”.

Em seguida, o art. 97 procura indicar os casos de “reserva de lei em matéria tributária”, o que decerto foi útil em 1965, à luz da Constituição de 1946 (quando instituído), e continua até hoje, com referência às seguintes hipóteses, nas quais *somente a lei pode estabelecer*:

- I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;
- II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
- III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;
- IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
- V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;
- VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Como se pode verificar, por coerência sistêmica, são modalidades que já se poderia deduzir do art. 150, I, da Constituição, pois todos os elementos da regra-matriz são reclamados para uma instituição válida, bem como para as alterações de regimes, pelas modificações de alíquotas ou bases de cálculo que impliquem majoração ou redução de tributos (renúncia de receita). E o § 1º não poderia ser mais claro quanto a isso: “equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso”. Diga-se o mesmo quanto à extinção do crédito tributário, sua suspensão ou concessão de isenções ou anistias.

Quanto às sanções, sejam essas administrativas ou penais, a própria Constituição também cobra legalidade estrita para a tipificação da conduta e da sua consequência punitiva. Nenhuma novidade, portanto.

Apenas para demonstrar que tudo aquilo que não possa inovar o campo normativo deverá ser reservado aos regulamentos e atos administrativos em geral, o § 2º, do art. 97 prevê que “não constitui majoração de tributo,

para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”, como ocorre com a atualização das plantas genéricas de valores, na cobrança do IPTU.

## 2 O PAPEL DA LEI COMPLEMENTAR NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

Ingressar num estudo sobre as normas do CTN e seus efeitos cobra que tomemos posição sobre o regime típico que o envolve, como norma geral em matéria de legislação tributária, cumprindo as funções do art. 146, III, da CF. Para tanto, precisamos cumprir uma diferenciação fundamental entre legislação federal e legislação nacional, e bem assim sobre o papel das leis complementares, seguindo essa diferenciação.

Sabemos que todos os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem suas constituições e leis orgânicas, cada qual regendo os respectivos sistemas de normas próprios, sob a égide dos princípios do federalismo e autonomia dos municípios. Contudo, para a União, a mesma Constituição que rege a República Federativa do Brasil (art. 1º, CF), regula também suas atividades, exercidas na qualidade de pessoa jurídica de direito público interno (art. 18, CF). Percebendo essa sobreposição, já Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em 1937, na sua obra: “natureza jurídica do Estado Federal”, fizera a necessária separação entre aquelas normas que, por se aplicarem à República Federativa do Brasil, concentram em si eficácia vinculante para todas as pessoas políticas, corporificando a *Constituição Nacional*; e aquelas normas que se aplicam exclusivamente à União, pessoa autônoma do federalismo, compondo a chamada *Constituição Federal*.

Por determinação constitucional, no Brasil, o *Congresso Nacional* exerce três funções legislativas distintas: é i) *constituente derivado*, ao discutir e votar Emendas à Constituição, e é o legislador ordinário da União, sob duas modalidades: ii) *legislador federal*, ao exercer as competências típicas da União, na qualidade de pessoa de direito público interno, plenamente autônoma; e iii) *legislador nacional*, ao dispor sobre normas gerais aplicáveis às quatro pessoas políticas, nas matérias previstas no art. 24, da CF, e em outras previstas no corpo da Constituição.

Percebe-se, assim, que a Constituição atribuiu funções distintas a um mesmo órgão legislativo, sob a forma de competências típicas: ao exercer o *poder de reforma*, com poderes para alterar a fisionomia constitucional, criando ou modificando inclusive suas próprias competências e das demais pessoas políticas, desde que não afete as chamadas cláusulas pétreas do art. 60, IV, CF; e como legislador ordinário, a partir das atribuições materiais de competência, estabelecendo as tipificações das condutas, por lei específica, bipartindo-se em *legislador federal* e *legislador nacional*<sup>9</sup>.

Como dito, o *Congresso Nacional* é órgão que concentra *tríplice função*, e os processos exigidos para o exercício de cada uma delas são distintos, não apenas por uma questão de necessidade de maior dificuldade, definidora da rigidez constitucional, para o exercício das mutações constitucionais, operados pelo Constituinte derivado, mas como razão do exercício de cada uma dessas funções. Ao *tríplice* exercício de funções do órgão, um triplo processo, como critério de legitimação dos atos emanados por cada um deles.

As *leis complementares* são figuras do ordenamento que se diferenciam dos demais atos legislativos tanto pela matéria (competência), quanto pelo processo de formação (quorum qualificado de maioria absoluta<sup>10</sup>, art. 69, CF). Diferenciação ontológico-formal, no dizer de José Souto Maior Borges. Assim, as leis complementares encontram no sistema constitucional o respectivo campo material predefinido (competência), sob a forma de matérias sujeitas ao *princípio de reserva de lei complementar* (pressuposto material) e são aprovadas por maioria absoluta (pressuposto formal, art. 69, CF). Eis o quanto as diferem das leis ordinárias. E só isso.

A Constituição, desse modo, como corolário do federalismo (art. 1º e 18, CF) e da autonomia dos municípios (art. 18 e 29, CF), fixou todas as *competências*, inclusive as que versam sobre matéria tributária, autorizando aos legisladores das pessoas de direito público interno a criarem, por meio de leis próprias, os tributos que lhes foram reservados, privativamente, de forma a concretizar o federalismo fiscal.

Retomando a idéia anterior sobre as funções do legislador ordinário, temos que a lei complementar tanto é exigida pela Constituição para servir ao legislador federal (efetivando competências da União), quanto ao legislador nacional, na função de criar as chamadas “normas gerais”. É dizer, faz parte da demarcação de competências, também, a definição daquelas que só poderão ser exercidas exclusivamente pelo *legislador federal* (União) mediante lei complementar, assim como a competência do *legislador nacional*, também mediante lei complementar, para criar as chamadas *normas gerais em matéria de legislação tributária*.

Desse modo, apreciando as hipóteses de cabimento de lei complementar em matéria tributária, temos que, no ordenamento constitucional vigente, são matérias de *reserva de lei complementar*, em duas das funções legislativas do Congresso Nacional:

- 1) O *exercício de competência da União* (lei complementar federal), a qual se subdivide em:
  - i) exercício de competências privativas específicas: arts. 148; 153, VII, CF; e
  - ii) exercício de competência residual – arts. 154, I; 195, § 6º, CF;
- 2) A criação das *normas gerais em matéria de legislação tributária* (lei

complementar nacional – art. 24, I e 146, CF), as quais se encontram expressas nas seguintes possibilidades:

- a) *regular as limitações constitucionais ao poder de tributar*, restritamente àquelas que exigem lei específica para surtir efeitos (ex. art. 146, II; 150, VI, “c”; 195, § 7º, 156, § 3º CF);
- b) evitar eventuais *conflitos de competência* entre as pessoas tributantes, quando deverá dispor sobre *atos geradores, bases de cálculo e contribuintes* dos “impostos” já identificados na Constituição (ex. art. 146, I e III, “a”; 156, III; 155, § 2º, XII, CF), e só dos impostos, por serem estes os únicos tributos passíveis de conflitos de competências; e nos limites do quanto seja suficiente para eliminar tais possibilidades de conflitos;
- c) definir os *tributos e suas espécies* (art. 146, III, “a”, CF);
- d) harmonizar os procedimentos de cobrança e fiscalização dos tributos, tratando de *obrigação, lançamento e crédito* (redução de divergências) - art. 146, III, “b”; 155, § 2º, XII, CF;
- e) uniformizar os prazos de *decadência e prescrição* - art. 146, III, “b”, CF, bem como o tratamento jurídico que se deve oferecer às micro e pequenas empresas (EC 42/03, art. 146, III, “d”); podendo estipular suas exceções;
- f) conferir o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas, na regulação do quanto possa ser necessário para uniformização em termos de exceções ou de estímulo, aplicável às quatro unidades do federalismo;
- g) empregar tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do ICMS, das contribuições previdenciárias do empregador, inclusive do PIS, podendo criar regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- h) e poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo (art. 146-A)

A primeira função, como assinalado acima, desempenhada pelas leis complementares no sistema tributário é de ordem federal e corresponde ao exercício de competência da União para a criação de seus tributos originariamente atribuídos. Como se sabe, a competência legislativa tributária equivale à parcela do poder de tributar, previamente limitada, predisposta às pessoas políticas para criarem, por meio de lei, normas jurídicas sobre tributos, quanto à instituição, arrecadação e fiscalização destes. Pois bem. A União

recebeu competências materiais que somente podem ser exercidas mediante o uso de leis complementares, como é o caso do empréstimo compulsório (art. 148, CF) e do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CF).

Além dessa hipótese, a União recebeu, por disposição constitucional expressa, a chamada competência residual (art. 154, I; e 195, § 6º CF), para criar novos *impostos*, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos já existentes, ou novas *contribuições*, ao prever que a União poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

Em ambos os casos, o exercício da competência somente será legítimo se acompanhado de lei complementar, por ser matéria reservada tipicamente para essa espécie de lei. Da mesma sorte da anterior, exercida a competência, quer dizer, instituído o tributo, sua função cessa, ingressando no sistema jurídico nacional no mesmo plano das leis ordinárias e mantendo-se, assim, em relação de coordenação com estas. Nesse caso, não há que se falar em qualquer *hierarquia* entre a lei complementar e os demais atos legislativos, porquanto sua função exaure-se com a instituição do tributo, cessando com o próprio exercício de competência. Por conseguinte, nada impede que lei ordinária modifique ou mesmo ab-rogue lei complementar com tais funções.

Adotamos na concepção de base de nossas investigações a corrente denominada dicotômica, cuja definição das *normas gerais de direito tributário*, na visão do eminente Prof. Paulo de Barros Carvalho, Titular da PUC e da USP, à luz da Constituição Federal de 1988 continuaria sendo a seguinte:

(...) são aquelas que dispõem sobre conflitos de competência entre as entidades tributantes e também que regulam as limitações constitucionais ao poder de tributar. Pronto: o conteúdo está firmado. Quanto mais não seja, indica, denotativamente, o campo material, fixando-lhe limites. E como fica a dicção constitucional, que desprende tanto verbo para dizer algo bem mais amplo? Perde-se no âmagô de rotunda formulação pleonástica, que nada acrescenta.<sup>11</sup>

Pois bem, não negamos que assim seja, nos fundamentos, mas preferimos explicitar suas possibilidades, caso a caso, à luz das teorias da codificação, no que tange às funções representadas nas hipóteses do art. 146, CF.

Corolário dessa conclusão, somente lei complementar, na função de “norma geral”, poderá revogar uma outra “norma geral”. Não basta ser lei complementar, portanto. É preciso que esteja dirigida para o fim de modificar norma com essa função no ordenamento. Como exemplo, mesmo que o imposto sobre grandes fortunas seja instituído, pela reserva de lei complementar, caso esta traga prazos próprios de decadência e prescrição, diversos,

portanto, do quanto se encontra no CTN, será inconstitucional nesse particular, por não se verificar o atendimento à função constitucional prefixada.

Mencionadas as funções que a lei complementar poderá desempenhar para os fins de introduzir normas gerais no sistema tributário vigente, passamos a cuidar da posição hierárquica que essas normas devem ocupar na escala normativa. A relação hierárquica que eventualmente possa existir entre lei complementar e as leis ordinárias, ou mesmo outras leis complementares, dependerá, tão-só, da função que ela exerça no sistema. E assim, caso a função seja constitutiva de algum fundamento de validade, formal ou material, a lei complementar sempre terá prevalência sobre qualquer outra lei.

Como dito acima, às normas gerais aplica-se também o primado da *reserva de lei complementar*, e pelas funções pertinentes à “Constituição Nacional”, impõe-se a necessária preeminência dessas leis complementares em relação às demais leis, mesmo que complementares, quando tenham por objeto o exercício de competência para instituição de tributos. Por conseguinte, prevalecerão, sempre, sobre a legislação federal, estadual distrital ou municipal, na medida que estas legislações passam a ter que admiti-las (as leis complementares que veiculam normas gerais) como fundamento de validade material.

Evidente, pois, que não estando a razão de hierarquia na vigência ou na eficácia da norma, a única posição questionável será aquela do plano da validade. Por isso mesmo, tomando em conta a natural submissão do Código aos preceitos constitucionais, independentemente de se tratar de uma lei ordinária<sup>12</sup>, a Lei n. 5.172/66, enquanto “lei nacional” que é, naquilo que for fundamento de validade material para a construção da legislação do “sistema tributário nacional”, terá preeminência sobre todas as demais leis, ordinárias ou complementares, não importa, elaboradas por qualquer uma das pessoas políticas.

Em resumo, a lei complementar deverá ser adotada pela União como instrumento inafastável para exercer suas respectivas competências na criação de “normas gerais”. Numa leitura sistemática do art. 146, que é regra típica de *Constituição Nacional*, “normas gerais” somente serão aquelas que venham a ser criadas seguindo tal espírito; quando o legislativo da União, revestindo-se das magnas funções de *legislador nacional*, as introduzirá no ordenamento para: i) *regular limitações constitucionais ao poder de tributar*, detidamente àquelas que exigem lei específica para surtir seus efeitos; ii) *evitar conflitos de competência* entre as pessoas tributantes, ao dispor sobre *atos geradores, bases de cálculo e contribuintes* dos impostos já identificados na Constituição; iii) *definir os tributos e suas espécies*; iv) *harmonizar os procedimentos de cobrança e fiscalização dos tributos*, tratando de *obrigação, lançamento e crédito*; e v) *uniformizar prazos de decadência e prescrição*; vi) *conferir adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades*

cooperativas; vii) empregar tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte e viii) estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência.

### 3 INSTITUIÇÃO DE TRIBUTOS: A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA

A estrutura da norma tributária foi sumamente estudada por Paulo de Barros Carvalho, desde a sua obra *Teoria da norma tributária* até os dias de hoje, com o seu recente *Direito Tributário: fundamentos da incidência tributária*. Nesse seu último trabalho, construído sobre as bases do seu construtivismo metodológico, mantendo-se fiel à sua compreensão da norma de conduta tributária como um juízo condicional dual, composto de antecedente e conseqüente (homogeneidade sintática) e combinando-se numa duplicidade, norma primária e norma secundária (heterogeneidade semântica), em vista da sanção aplicável. E como método didático de redução de complexidade normativa, apresenta o conceito da “regra-matriz de incidência”, depurado de tudo quanto não seja imprescindível à identificação do fato jurídico e da relação jurídica.

Nada a essa tese temos a acrescentar, pelo grau de precisão que carrega. Limitamo-nos, por esse motivo, a discorrer sobre a estrutura da regra-matriz de incidência.

A *descrição normativa* dos elementos caracterizadores do fato jurídico<sup>13</sup> aparece no “antecedente” da norma (hipótese), no qual apresenta o conceito jurídico do fato impositivo, reduzindo a complexidade do “fato social bruto”, com as propriedades selecionadas pelo legislador para sua qualificação. Pelo princípio da *indecomponibilidade dos conceitos*, não seria possível cindi-lo, o que somente pode ser suplantado pela operação lógica da abstração, para permitir acesso cognoscitivo aos seus elementos. E assim operando, haveremos de separar, por três critérios, os aspectos mais relevantes, a saber: i) o critério material, ii) o critério temporal e iii) o critério espacial.

O *critério material* qualifica a ação, a conduta, o comportamento de pessoas, físicas ou jurídicas, condicionado a circunstâncias de espaço e de tempo (critérios espacial e temporal), para que o perfil típico esteja completo, como descrição normativa de um fato. Para melhor compreendê-lo, é mister, por abstração, desligá-lo dos seus condicionantes espaço-temporais, para não findar por descrever toda a hipótese de incidência, onde o critério temporal é apenas um dos seus componentes lógicos. Isolado destes condicionantes, veremos que o critério material qualifica a conduta, expressa por um verbo pessoal e de predicação incompleta.

O *critério espacial*, por sua vez, isola o âmbito espacial dentro do qual seja possível verificar-se a ocorrência do fato jurídico. Para esta opção, o legislador poderá eleger um critério que i) venha a se confundir com a vi-

gência da norma no espaço (territorialidade), mas pode também ii) superá-la (princípio da renda mundial), iii) reduzir-se a uma área do território (área urbana, área rural) ou iv) limitar-se a pontos específicos, como postos aduaneiros etc. Descreve, pois, o “lugar do fato”. São quatro as alternativas para o legislador, cuja escolha dependerá das condicionantes da materialidade e do limite constitucional, se houver.

É por fim, na tipificação do fato jurídico, a norma deve especificar o marco de tempo dentro do qual tomará o fato por ocorrido, o “tempo no fato”. Cuida-se aqui do *critério temporal*. O marco temporal assinala o átimo do surgimento do direito de a Fazenda Pública constituir formalmente o crédito tributário; não o direito de crédito. Direito de crédito surgirá, tão-só, quando da formação do lançamento tributário. E caso este não lhe sobrevenha, ter-se-á por expirado o prazo de decadência, que passa a impedir o exercício de competência administrativa para sua constituição.

A regra-matriz compõe-se ainda do conseqüente, ligado ao antecedente pelo elo de imputação deôntica (dever-ser neutro), no qual descreve a respectiva relação jurídica, na função prescritiva de linguagem. Como sintetiza Paulo de Barros Carvalho, é a “peça do juízo hipotético que estipula a regulação da conduta, prescrevendo direitos e obrigações para as pessoas físicas ou jurídicas envolvidas, de alguma forma, no antecedente do fato jurídico”. E assim são identificados os elementos da relação jurídica tributária: i) sujeito ativo, ii) sujeito passivo e iii) prestação (alíquota e base de cálculo).

A relação jurídica obrigacional exsurge como vínculo jurídico (obrigacional) formado entre sujeito ativo, que possui o direito subjetivo de crédito, e sujeito passivo, portador do dever jurídico de prestar o objeto, a prestação a título de “tributo” (CTN, art. 3º), tal como determinado pelo cálculo entre base de cálculo e alíquota.

A base de cálculo é um dos critérios fundamentais do tipo que qualifica a relação jurídica tributária, pelas funções que realiza, como anteviu Paulo de Barros Carvalho. São elas: a) *função mensuradora*, por prestar-se a medir as proporções reais do fato, estabelecendo o *quantum debeat*; b) *função objetiva*, ao compor a específica determinação da dívida; e c) *função comparativa*, para confirmar, infirmar ou afirmar o elemento material do antecedente normativo, visando a garantir o respeito à classificação constitucional dos tributos. Com estas funções, temos valores que se vão realizando por meio da base de cálculo, como capacidade contributiva e igualdade, na *mensuradora*; princípio da tipicidade da hipótese, no caso da *objetiva*; e princípios de tipicidade e da competência tributária, naquela *comparativa*. Como é fácil perceber, trata-se de um dos fatores de fundamental importância, constituído sob critérios estritamente jurídicos, sem qualquer implicação com economia. Toda a sua apuração há de ser pautada por critérios jurídicos, como se vê nos casos em que se aplica regime de competência contábil, ao invés do regime de caixa.

Na identificação do fato jurídico, a tipicidade compreende, pois, todos os elementos do tipo da hipótese: materialidade, temporalidade e espacialidade; bem como do tipo do conseqüente, isolados mediante criteriosa seleção das propriedades necessárias e suficientes à sua qualificação. Para tanto, o legislador projeta-se para o mundo dos fatos econômicos, recortando, na sua complexa tessitura, as propriedades necessárias para que possa conferir-lhe relevância jurídica, o que faz munido com os parâmetros atribuídos pela Constituição, como igualdade, direito de propriedade, justiça material e igualdade, dentre outros.

#### 4 OS TRATADOS NO SISTEMA DE FONTES DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Prescreve o CTN, no seu art. 98, que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Afora as regras constitucionais, essa a disposição que rege as relações entre o direito interno e o direito internacional, cuja eficácia é fortemente respeitada pelos tribunais.

De imediato, cumpre assinalar que os tratados internacionais para evitar a dupla tributação internacional sobre a renda e o capital não são as únicas espécies de acordos internacionais na matéria. Temos também os acordos para evitar a dupla tributação sobre a renda em sentido específico, como é o caso das empresas de transporte marítimo e aéreo, os acordos de comércio (GATT, GATS etc), quanto à previsão de incidência de regimes de não-discriminação, de igualdade de tratamento ou eliminação de tributação sobre a importação ou exportação de produtos<sup>14</sup>; os acordos genéricos sobre tráfego internacional, ao prever o livre trânsito de aeronaves, transportes terrestres ou navios<sup>15</sup> sem o pagamento de tributos (CNUDM); as convenções que contém previsões quanto às concessões de imunidades e privilégios diplomáticos e as que tratam de cooperação técnica ou científica, dentre outros. Todos esses acordos, mesmo versando sobre matéria própria (comércio, cooperação, tráfego internacional etc), trazem disposições de natureza tributária, como condição para o implemento do quanto se identifica como seu objeto principal, geralmente mediante a concessão de benefícios fiscais típicos.

Para que o tratado ou convenção internacional apresente-se no sistema jurídico de um dado país como veículo introdutor de normas, adquirindo aplicabilidade interna a este, precisa atender aos requisitos de validade típicos do direito constitucional de cada um dos ordenamentos dos signatários<sup>16</sup>, após, preliminarmente, estarem atendidos os critérios do direito das gentes. A formalidade de ratificação, contudo, dependerá do modelo de recepção que tenha sido adotado pelo Estado, que pode ser de três tipos:

*Reconhecimento automático*: as convenções internacionais formam, automaticamente, parte do direito nacional ao entrarem em vigor, sem neces-

sidade de uma ordem de aplicação ou edição de uma lei com o respectivo conteúdo;

*Incorporação*: as convenções internacionais, para que venham a produzir efeitos jurídicos válidos sobre um Estado, devem ser recepcionadas por uma ordem legislativa, para a respectiva aplicação, somente entrando em vigor com a ratificação;

*Transformação*: as convenções internacionais convertem-se em direito interno pela edição de uma lei com o mesmo conteúdo. Nos termos desse modelo, as convenções, enquanto tais, não têm a possibilidade de produzir efeitos jurídicos, porque esses efeitos derivam das leis nacionais, editadas com o inteiro teor das mesmas.

Alega a maioria dos doutrinadores que a Constituição do Brasil não contém enunciados expressos que disponham sobre o reconhecimento do direito internacional, salvo algumas poucas e esparsas referências às formas procedimentais encontradas no bojo das normas de repartição de competências, como se vê nos arts. 21, I; 49, I; 84, VIII, da CF. Contrariamente, entendemos que a Constituição Federal disponibiliza, sim, um conjunto de enunciados, decerto restrito, mas adequados à definição dos critérios de recepção e a posição que devem ocupar no direito interno.

De início, a Constituição Federal dispõe como sendo competência da União, nos termos do art. 21, CF, “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”, o que em seguida é discriminado para o órgão próprio, Presidência da República, pelo art. 84, VIII, da CF, a competência privativa para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Como a competência atribuída é “privativa”, admite delegação e, por esse motivo, preocupa-se a Constituição em investir como autoridade competente o *Presidente da República* para, privativamente, manter relações com Estados estrangeiros e *acreditar seus representantes diplomáticos* (art. 84, VII). *representantes plenipotenciários* daquela autoridade (Ministro das Relações Exteriores e Chefe de missão diplomática) ou os *representantes diplomáticos*, desde que portadores de *Carta de Plenos Poderes*.

No Brasil, é o Presidente da República, enquanto chefe de Estado, atuando em nome da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Constituição, o órgão dotado de competência para firmar qualquer acordo internacional, sujeito ao controle por parte do Legislativo nos casos que especifica. Internacionalmente, contudo, trata-se de ato irrelevante, esse do controle parlamentar, desprovido de qualquer influência sobre os interesses das demais partes envolvidas no ato internacional, salvo quanto às reservas que possam ser feitas, mesmo se internamente apresente-se como *conditio sine qua non* para validade do ato de recepção. É o que se deduz do art. 49, I, CF, que prevê como de “competência exclusiva” do Congresso Nacional

“resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Nesta ordem, o tratado celebrado pelo Presidente da República tem que receber, como critério inafastável para adentrar ao sistema, o *referendo* de aprovação emitido por Decreto Legislativo do Congresso Nacional, quando acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, a juízo do Congresso Nacional, que deve se pronunciar sempre, em face de mensagem do Presidente da República, acompanhada do texto do tratado, acordo ou ato internacional já autenticado e assinado, e cujo objeto consistirá na autorização ao Presidente da República para a respectiva ratificação.

O Decreto Legislativo é produto do processo legislativo (art. 59, VI da CF) que tem regime célere de aprovação (art. 151, I, “j”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e art. 376, do Regimento Interno do Senado Federal) por maioria simples de votos (art. 47 da CF) e não carece de sanção do Poder Executivo (art. 109, II do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). Quando aprovado, o Presidente do Senado determina sua publicidade, acompanhado do inteiro teor do Tratado ou Convenção, no Diário do Congresso Nacional. Trata-se, o referendo do Poder Legislativo, na espécie, de manifestação jurídica de vontade que faz inserir no ordenamento nacional norma *autorizativa* para o que o órgão Presidência da República promova sua ratificação, e, quando assim procedido, *obrigacional*, para os fins de determinar a vinculação do Estado à observância das suas disposições, pela garantia de execução na ordem interna, nos termos das suas cláusulas de vigência e denúncia.

#### 4.1 O procedimento de recepção dos tratados internacionais na ordem interna

Havendo o reconhecimento de compatibilidade com a ordem interna e com os interesses nacionais, mediante referendo do Congresso Nacional, a convenção internacional poderá ser “ratificada”, ficando ainda sob a discricionariedade<sup>17</sup> do Presidente da República a decisão sobre o melhor momento e a conveniência para sua efetivação, mediante troca dos instrumentos de ratificação ou o respectivo depósito destes.

O ato de ratificação aperfeiçoa-se com a notificação dada ao outro país signatário ou ao depositário. Destarte, somente com o conhecimento pela outra parte, mediante a *troca dos instrumentos de ratificação* (ou depósito das ratificações, quando multilateral), passará o tratado a produzir os seus efeitos entre as partes (*pacta non obligant nisi gentes inter quas inita*). Quanto à natureza jurídica, o ato de ratificação não é mais do que uma comunicação formal dirigida à parte depositária das ratificações, quando se trata de acordos multilaterais, ou ao outro Estado, no caso de acordo bilateral, vinculando o Estado, nos termos da autorização legislativa (se houver alguma reser-

va). Por isso, o ato de ratificação é irreatável, cabendo apenas a denúncia do tratado, caso o Estado deseje posteriormente afastar-se do compromisso assumido.

Após esse ato de ratificação, promulga o Presidente um Decreto, ato inteiramente administrativo, pretendendo dar publicidade e executoriedade ao respectivo tratado (aprovado pelo Decreto Legislativo), que segue anexo ao mencionado Decreto<sup>18</sup>.

Para alguns, o *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais conclui-se com a expedição desse Decreto, do qual decorreriam três conseqüências distintas: i) a promulgação do tratado internacional; ii) a publicação oficial de seu texto; e iii) a executoriedade do ato internacional, que passa, a ser vinculante no plano do direito interno. Alberto Xavier admite esse efeito vinculante para o decreto presidencial, no processo de elaboração dos tratados, quanto ao início da aplicabilidade do conteúdo das convenções ratificadas. E seguindo essa opinião há vários outros autores, e também o próprio Supremo Tribunal Federal, ao decidir que os tratados somente adquirem *validade* no ordenamento interno após a expedição do respectivo Decreto, como se vê nos fundamentos de recente Acórdão, *in verbis*:

Na realidade, o Protocolo de Medidas Cautelares (MERCOSUL) – que se qualifica como típica Convenção Internacional – não se incorporou definitivamente à ordem jurídica doméstica do Estado Brasileiro, eis que ainda não se concluiu o procedimento constitucional de sua recepção pelo sistema normativo brasileiro. (...) Esse entendimento jurisprudencial veio a ser confirmado e reiterado no julgamento da ADIN. nº 1.480 – DF, Rel. Min. Celso de Mello, ocasião em que se enfatizou, uma vez mais, que o decreto presidencial, que sucede à aprovação congressual do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se – enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico (...).<sup>19</sup>

Parece não ser aceitável que um tratado, elaborado pelas autoridades competentes, segundo a designação constitucional e a aquiescência internacional, devidamente autenticado e assinado, reconhecido pelo Poder Legislativo, pelo referendo atribuído pelo Decreto Legislativo, com ulterior publicação deste, e ratificado, gerando o compromisso da República Federativa do Brasil na ordem internacional, perante outra ou várias nações signatárias, apesar de tudo isso, tenha que ficar a mercê de um ato administrativo, o Decreto do Presidente da República. A prevalecer esse critério, o tratado, após sua ratificação, vigoraria apenas no plano internacional, sem gerar efeitos no plano interno, o que colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca, atribuindo-

do os respectivos direitos aos destinatários do seu conteúdo, ou realizando os deveres ali estabelecidos.

Em resumo, o tratado é recepcionado na ordem interna não mediante o ato final – o Decreto do Presidente da República –, mas, quando presente o Decreto Legislativo oriundo do Congresso Nacional, tenha-se a respectiva ratificação. Por isso, o início do prazo de *vigência* da Convenção, a partir do qual os interessados poderão reclamar os compromissos assumidos pelos Estados-partes, não decorre do ato administrativo que, consuetudinariamente, a título de conferir-lhe publicidade e execução, pretende servir como pressuposto de validade, pelo procedimento. A *vigência* do acordo começará a contar exclusivamente a partir do ato de *ratificação*, marco de comprometimento do Estado pelas disposições convencionais, como previsto no corpo do tratado, pela aprovação mediante o Decreto Legislativo expedido pelo Congresso Nacional.

#### 4.2 Relações entre normas de direito internacional e o direito interno, à luz da Constituição da República

Em vista das disposições de Direito Constitucional, revela-se como perfeitamente garantido no direito interno o efeito de prevalência de aplicabilidade que as convenções em matéria tributária sobre a legislação infra-constitucional, o que se encontra declarado no art. 98, do Código Tributário Nacional, que é lei nacional, com eficácia de Lei Complementar, no papel de norma geral, como prescreve o art. 146, III, da Constituição. Na jurisprudência dos tribunais, confirma-se esse entendimento, com particular evidência no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a quem compete julgar em última instância as causas baseadas em conflitos entre tratados ou convenções internacionais e o direito interno. Todavia, até o presente, o Supremo Tribunal Federal ainda insiste na tese de equivalência do tratado à lei ordinária.

Resume-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal basicamente ao quanto ficou decidido na ADI 1480, nos seguintes termos:

(...) PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais

de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*‘lex posterior derogat priori’*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. (...).<sup>20</sup>

Qualquer atitude de hermenêutica constitucional nessa específica matéria, para ser consistente, deve começar pelas disposições do art. 4º, CF, que relaciona os princípios fundamentais – todos princípios consagrados na ordem jurídica internacional – a serem observados pelo Estado brasileiro nas suas relações internacionais<sup>21</sup>. Como são “princípios fundamentais” que regem a relação entre o Estado brasileiro e os demais Estados no concerto das nações, a eficácia de tais fundamentos ficaria severamente prejudicada caso aos tratados e convenções internacionais não fosse atribuída prevalência de aplicabilidade sobre o direito interno infraconstitucional. Eis porque o Constituinte Federal fez questão de enfatizar o princípio de prevalência do direito internacional sobre o direito interno.

Todo tratado internacional encontra-se hierarquicamente subordinado à Constituição, devendo o seu conteúdo ser compatível com o texto constitucional, sob pena de seu imediato banimento da ordem jurídica; salvo em se tratando de direitos humanos, situação na qual outros princípios decorrentes dos tratados internacionais, em que a República Federativa do Brasil seja parte, serão incorporados ao próprio texto do art. 5º, não podendo sequer serem alcançados por Emenda à Constituição (art. 60, § 4º, IV, CF), subordinando-se apenas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que poderá ser provocado para apreciar a respectiva compatibilidade (art. 102, III, b). Quer dizer, sendo uma convenção em matéria de direitos humanos recepcionada pelo sistema jurídico e ratificada validamente, nos termos do dualismo sistêmico, tal conteúdo passará a ter o mesmo nível hierárquico dos Direitos e Garantias Fundamentais já relacionados na Constituição, mesmo que nunca deixe de ser direito internacional.

E essa conclusão não implica aceitar as premissas adotadas na decisão acima indicada (ADI 1480), como bem entendeu o Ministro Sepúlveda Perence, *in verbis*:

(...) 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. (...) 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle

da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. *Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADI n.º 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. (...).*<sup>22</sup>

Quanto aos demais tratados ou convenções internacionais, firmados em matérias distintas, como é o caso da matéria tributária, estes manter-se-ão, sempre, em plano inferior à Constituição Federal, podendo inclusive vir a ser declarados inconstitucionais, no todo ou em parte, pelo STF, tal qual os que versarem sobre direitos humanos, quando incompatíveis com o teor da Constituição. Isso decorre do art. 102, III, b, CF, ao dizer que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, mediante recurso extraordinário, declarar a *inconstitucionalidade de tratado* ou lei federal, no controle difuso ou concentrado.

Sobre a possibilidade de resolução de conflitos em matéria de tratados, a aplicação da regra *lex posterior derogat priori*, tal como admitida na ADI 1480, não se compagina com uma adequada interpretação conforme à Constituição. A esse respeito, a Constituição deixou muito bem definida a posição dos tratados em face das leis, tal como assentado acima, o que nos impõe concluir, no quadro atual, apesar da Jurisprudência do STF, que:

I - o tratado mantém-se como “direito internacional” na ordem interna, como se verifica pelo procedimento de incorporação adotado;

II – haja vista a Constituição Federal, para os fins de resolver conflitos de interesses baseados em tratados ou convenções, dispor que compete ao STF “declarar a inconstitucionalidade de *tratado* ou lei federal”, isto seria despidendo se o “tratado” fosse “lei” para o direito interno, cabendo falar apenas em declaração de inconstitucionalidade de “leis”; na mesma linha, as distribuições de competências aos juízes federais e tribunais, com exclusividade para as matérias veiculadas por tratados internacionais, também seria inútil, bastando expressa referência à “lei federal”;

III – os tratados firmados pela República mantêm-se, desse modo, no direito interno, subordinados à Constituição e com prevalência de aplicabilidade sobre qualquer lei, complementar ou ordinária; federal, estadual, distrital ou municipal; anterior ou posterior ao seu ingresso na ordem jurídica, não se podendo aplicar ao caso as regras típicas de antinomia.

Estivéssemos falando de direito forâneo, de direito estrangeiro propriamente dito, que devesse ser aplicado na ordem interna, por determinação de uma *regra de conflito*, como acontece no Direito internacional Privado,

então aí sim, caberia dizermos de uma coordenação hierárquica entre a lei estrangeira e a lei nacional, equiparando-as às leis ordinárias internas; mas não ao direito internacional.

É para decidir os conflitos baseados em tratados internacionais, prescreve a Constituição Federal, além da possibilidade de declaração de constitucionalidade, a competência dos *juízes federais* (art. 109, III, CF) para processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; e, por decorrência, aos *Tribunais Regionais Federais* (art. 108, II, CF), para julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição. E ainda, ao *Superior Tribunal de Justiça* (art. 105, III, “a”, CF), a quem cabe julgar, em *recurso especial*, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

#### 4.3 A vedação constitucional de a União conceder isenções sobre tributos estaduais e municipais e os tratados internacionais

Existe uma espécie de preconceito declarado contra a aplicação dos tratados internacionais no direito brasileiro, posto como se houvesse oposição entre a Constituição e aqueles instrumentos normativos, especialmente quando esses acordos instituem isenções a tributos estaduais ou municipais. É verdade que na Constituição Federal, dentre as limitações ao poder de tributar, existe uma restrição expressa à União quanto à instituição de isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (art. 151, III, CF). Por conta deste dispositivo é que se apresentam tantas celeumas sobre o assunto, com alegações de vedação às “isenções heterônomas”. Vale refletir melhor sobre esse assunto.

A “União”, enquanto representante da República Federativa do Brasil, logo, pessoa jurídica de direito público internacional, constitucionalmente competente para comprometer o Estado brasileiro na ordem internacional, não se confunde com a “União”, pessoa jurídica de direito público interno, que compõe a organização político-administrativa brasileira (art. 18, CF), de forma federativa (art. 1º, CF), dotada das atribuições constitucionalmente distribuídas segundo os interesses do Constituinte.

Confirma esse raciocínio José Souto Maior Borges, para quem constitui “equívoco elementar transportar os critérios constitucionais de repartição das competências para o plano das relações interestatais. Essas reclamam paradigma diverso de análise. Nesse campo, como já o fizera dantes com as leis *nacionais*, a CF dá à União competência para vincular o Estado brasileiro em nome dela e também dos Estados-membros e Municípios. A

procedência dessa ponderação é corroborada pelo art. 5º, § 2º, da CF, *in fine*, ao referir expressamente os ‘tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil (*sic*: não a União Federal) é parte’. São, pois, áreas diversas e autônomas de vinculação jurídica”.

Na composição federativa, por rigor, deve-se ter sempre em mente a distinção entre *ordem jurídica global*, inerente à República Federativa do Brasil, sujeito de direito público externo, definida como sistema de normas nacionais, e as *ordens jurídicas parciais*: central (a União) e periféricas (Estados-Membros), que estão submetidas à discriminação constitucional de competências. Entre os entes formadores das ordens jurídicas parciais não há preeminência ou relação hierárquica de uma sobre a outra, visto serem autônomas e isonômicas entre si e diferenciarem-se apenas pela distinção das competências materiais pertinentes a cada uma. Mas não se diga o mesmo quanto à relação entre a ordem jurídica global e soberana (representante dos interesses nacionais) e as ordens parciais. A ordem global soberana prevalece sobre as ordens parciais autônomas.

A União, na qualidade de pessoa de direito público internacional, não está limitada em seu poder por efeito do princípio federativo, afinal, *in casu*, ela exerce exclusivamente a soberania, sem conhecer qualquer limitação, a salvo as de direitos humanos ou dos princípios e regras de direito internacional, seja de ordem interna, uma vez que os entes federados são apenas autônomos, e não “soberanos”, seja de ordem externa, quanto ao direito de estados estrangeiros.

As normas constitucionais de “repartição de competência tributária”, e, por corolário, as de “limitações ao poder de tributar”, estão dispostas para a distribuição de competência entre si, o que não impede que os compromissos, em matéria tributária, internacional e soberanamente assumidos pela União, representante da República Federativa do Brasil (quando atende interesses de cunho nacional), derroguem a prescrições constitucionais predispostas para a supressão de possíveis conflitos de competência – justo por não haver aqui qualquer conflito de competência, em vista da soberania.

Seria ilógico pensar que apenas a União (pessoa jurídica de direito público interno – ordem parcial autônoma, do mesmo modo com os Estados e Municípios) tivesse que ser a única a sofrer as coarctações ou a beneficiar-se das concessões inerentes às disposições acordadas nas convenções firmadas pela República Federativa do Brasil. O interesse nacional deve prevalecer sobre os interesses dos entes federados, sempre, pelo que não se deve confundir autonomia com sabedoria estatal. Outros fundamentos, tão relevantes quanto o federalismo, como é o caso da presença da Nação na ordem internacional com autodeterminação, respeitando a todos os preceitos insculpidos no art. 4º da Constituição, exigem tal postura hermenêutica.

E dizendo isso estamos afirmando que não há qualquer antinomia entre normas tributárias de direito interno que tragam na hipótese de incidência materialidade isenta por tratado internacional, pela necessária prevalência de aplicabilidade que se deve conferir ao direito internacional.

Tratando-se de matéria tributária, o artigo 98 do CTN dispõe sobre a superioridade das normas internacionais, sejam elas anteriores, sejam supervenientes. Esse dispositivo, apesar da competência do CTN em dispor acerca de normas gerais em matéria de legislação tributária, tem caráter declarativo, visto que a superioridade das normas internacionais é consagrada pela Constituição em qualquer esfera normativa.

Contudo, esta orientação ainda encontra na jurisprudência inexplicáveis resistências. Como exemplo, o Superior Tribunal de Justiça que entende ser vedado à União celebrar tratados isentando tributos estaduais, em face do princípio federativo e da vedação à União de instituir isenções heterônomas, nos termos do art. 151, III (Recurso Especial n. 90.871/PE).<sup>23</sup> Mas, como nos fala a maior autoridade nacional em matéria isencional, José Souto Maior Borges,

não é a rigor, de isenção heterônoma, senão autônoma, que se trata. Autonomia da pessoa isentante – a Federação – cuja única peculiaridade consiste no caráter plurilateral da sua instituição. Sob essa nova óptica, justifica-se o contraste (a) isenções unilaterais de direito interno (autônomas ou heterônomas), (b) isenções plurilaterais de direito interestatal (autônomas). As primeiras são sempre resultantes de atos de direito interno resultantes; as segundas, de atos de direito interestatal.

Desta feita, qualquer que seja a espécie de benefício fiscal (isenção, deduções, etc.) concedido a imposto estadual ou municipal mediante convenção internacional, torna-se, tal norma, cogente e plenamente vinculante para a Fazenda estatal, distrital ou municipal quanto à concessão, conforme pactuado. Esta é a interpretação que melhor se coaduna com a realidade normativa e constitucional brasileira.

## 5 O PAPEL DOS DECRETOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Quanto aos Decretos, o art. 99, CTN, em tempos nos quais esses instrumentos normativos tinham grande força e poder de inovação, assim dispôs: “o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei”.

De início, vale salientar que quando a Constituição atribui competência normativa ao Poder Executivo, limita-se à indicação de poucos ins-

trumentos de introdução de regras, afora aqueles que compõem o processo legislativo (medida provisória e leis delegadas – vide art. 59, CF), a saber: i) no art. 84, IV, competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis, referendados, sempre, pelos ministros competentes da respectiva área de atuação (art. 87, parágrafo único, I, CF); e nos limites da legalidade, sob pena de serem sustados pelo Congresso Nacional (art. 49, V), quando exorbitem tal poder regulamentar. E, ademais, ii) quando prescreve que compete ao Ministro de Estado “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos” (art. 84, parágrafo único, II, CF).

Decretos e Instruções Ministeriais, apenas estes, são os instrumentos normativos de execução legislativa admitidos. Assim, os “Decretos”, expedidos pelo Presidente da República, acompanhados dos referendos dos Ministros competentes, sujeitos ao controle posterior do Congresso Nacional; e as “Instruções” (ministeriais) para a execução das leis, decretos e regulamentos”, formam o grupo dos únicos instrumentos normativos previstos pela Constituição em favor da competência normativa do Poder Executivo, afora as Medidas Provisórias e Leis Delegadas.

Os campos de atuações materiais de ambos os instrumentos assinalados encontram-se bem definidos, sem qualquer possibilidade de inversões. Por exemplo, o art. 153, § 1º, CF, ao se referir, em sentido lato, ao *Poder Executivo*, parece admitir que Decretos ou Instruções (ministeriais) possam dispor a respeito das alíquotas dos impostos ali referidos; ainda mais pela outorga de poderes conferida pelo inciso IV, do parágrafo único, do art. 87, CF, para “praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República”. Presente o ato de outorga de poderes, então, não haveria razão para justificar a impossibilidade de que tais alíquotas não pudessem ser veiculadas por instruções ministeriais.

Entretanto, assim não pensamos. Postulamos o entendimento segundo o qual sempre que a Constituição se reporta ao Poder Executivo, em sentido amplo, está a exigir a edição de “Decretos”, porquanto devam ser editados pelo Presidente, na regulamentação das leis, e sempre passíveis de referendo pelo Ministro da respectiva pasta competente; a *Instrução* (ministerial), apesar de depender de ato do outorga de poderes, não se vê subjugada a um controle prévio para sua edição. Suplantaria a colaboração exigida para o Decreto, contra a vontade constitucional, portanto, a *Instrução* ministerial que dispusesse sobre aumento de alíquotas dos impostos relacionados pelo art. 153, § 1º, da CF.

Grave, por conseguinte, é a utilização de “Instrução Normativa”, editada pelo Secretário da Receita Federal, no papel de veículo regulamentar<sup>24</sup> executivo de lei ou tratado internacional, a pretexto de autorização expressa do inciso II, do parágrafo único do art. 87, da CF, *in verbis*: “Expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”, por outorga de poderes do Ministro da Fazenda, o que se evidencia como uma corruptela do anseio cons-

titucional. Ou seja, não se poderia suplantar a mútua colaboração entre Presidente da República e Ministros, sob amparo de mera atribuição genérica de poderes (inciso IV, do parágrafo único do art. 87, CF) por um dos Ministros de Estado. E isso é mais evidente em se tratando de Convenção internacional, cujas disposições geralmente dependem de uma série de medidas para sua execução no âmbito interno, passível de regulamentação.

Em apertada síntese, a Instrução Normativa (IN) não participa dos instrumentos normativos habilitados pela Constituição para regulamentar “leis” ou “tratados internacionais”; ausente de prévio Decreto ou Instrução (ministerial) que regulamente a lei ou tratado, a Instrução Normativa é ato normativo plenamente ilegítimo para determinar a aplicabilidade, no âmbito interno, dos atos internacionais, a exemplo do Acordo de Valoração Aduaneira, bem como dos atos normativos dos órgãos responsáveis pela sua aplicação e emprego. Que sejam as “INs” aplicáveis na hipótese de edição do competente Decreto Presidencial, disso não se cogita; mas que possam pretender substituir a posição e função constitucional dos decretos, isso decerto não encontra nenhum amparo constitucional.

## 6 AS NORMAS COMPLEMENTARES NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Por fim, o CTN refere-se às chamadas “normas complementares”, no art. 100, qualificando, como tais, todos os atos administrativos de complementação, no âmbito de execução, das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos, a saber:

- I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;
- II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;
- III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;
- IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Esses instrumentos normativos, denominados por Paulo de Barros Carvalho de *instrumentos secundários de introdução de normas*, por não terem caráter inovador do ordenamento, operam exclusivamente em nível de execução de leis, tratados e decretos (mesmo que este carregue também essa função executiva). Contudo, não se pode desconhecer o amplo espaço de deliberação no campo interpretativo que, em muitas ocasiões, promove diversos casos de conflituosidades na aplicação da lei tributária.

Dentre as modalidades acima elencadas, a de maior dificuldade de entendimento repousa sobre as chamadas *práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas*. A jurisprudência do STJ e o STF, ao apreciar tal matéria, demonstra firme convicção que o recolhimento de tributos baseado no entendimento fazendário assim concebido, não implica o pagamento de multa ou juros, nas hipóteses de eventual mudança de entendimento ou mesmo de alteração do ato normativo publicado, porquanto agira, o contribuinte, em coerência quanto ao entendimento reconhecido pela própria Fazenda Pública<sup>25</sup>.

Sabemos que a proibição de *venire contra factum proprium* foi sempre utilizada no direito privado como medida de apreciação moral e de boa-fé, para impedir que uma parte exerça pretensos direitos contra outra em contradição com condutas ou opiniões assumidas anteriormente. Firmada uma expectativa de *confiança legítima*, em virtude de comportamentos indicativos de certa orientação, não pode um sujeito, com surpresa, alterar seus propósitos para obter uma vantagem sobre a conduta esperada.

Tal reclamo de coerência, tanto mais, exige-se da Administração Pública, que não pode aceitar o teor de um ato normativo em diversas situações e a outras impor restrições sem que incorra em contrariedade ao princípio da *moralidade* administrativa, presente no art. 37 da nossa Constituição, como fundamento para qualquer espécie do agir administrativo, que não se basta com o formalismo da legalidade, mas que cobra eticidade e proteção à confiança legítima projetada nos cidadãos.

O móvel dos valores que orientam o princípio da *confiança legítima* visa a resguardar os cidadãos contra incertezas jurídicas, inopinadas mudanças de entendimentos ou de interpretações administrativas. E não é recente no Brasil a aplicação da teoria da confiança legítima ou da proteção contra o *venire contra factum proprium*<sup>26</sup> (*nulli conceditur*) em matéria tributária, mesmo que não se tenha quedado expresso o seu emprego. Vê-se, por exemplo, no Recurso Extraordinário n. 62.252/SP, de 10.03.1969, quando o STF repleu a legalidade em favor da moralidade, não admitindo alteração do critério de lançamento, no mesmo exercício, sobre tributo já notificado e pago pelo contribuinte.

Outra questão delicada, ainda nesses domínios, diz respeito aos chamados “atos interpretativos”, que a título de “esclarecer”, criam verdadeiras hipóteses de incidências, inovando o sistema; ou mesmo o conflito entre atos de distintas autoridades, como os que ocorrem entre decisões de órgãos colegiais seguidos de atos declaratórios, de nível normativo, com entendimento contrário ao que fora reconhecido pelos julgadores, em sentido favorável ao contribuinte. Pensamos que em favor da garantia do *princípio de confiança legítima*, também aqui, não há como prosperar mudanças de entendimento com pretensões retroativas, mesmo que esta seja situação perfeitamente distinta, porquanto se tenha típico caso de conflito entre ato normativo e deci-

são administrativa em caso concreto, que não gera efeito vinculante para a Administração<sup>27</sup>, a título de norma complementar, em virtude da ausência de caráter normativo.

E não se diga que para o deslinde desse tema aplicam-se as disposições do art. 106, CTN, segundo o qual “a lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados (...)”. É que aqui somente na hipótese de “lei” mais benigna ou de “lei” expressamente interpretativa, pode-se falar em *retroatividade das leis tributárias*, haja vista a ausência de inovação ao catálogo das situações tributáveis ou de obrigação mais gravosa para os sujeitos destinatários. Esse dispositivo aplica-se unicamente à “lei”, e não à “legislação tributária”. E assim, atos administrativos normativos, a título de serem “interpretativos” (atos declaratórios e congêneres), não podem retroagir, modificando tratamentos que tenham sido determinados em decisões de órgãos colegiados de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa, nos casos de práticas reiteradas da administração ou quando a matéria tenha sido objeto de convênios. Valerão, como tais, para o futuro (*ex nunc*), nunca para alcançar o passado (*ex tunc*).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Anotado por Misabel de Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BORGES, José Souto Maior. *Obrigações tributárias: uma introdução metodológica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975

BORGES, Antônio de Moura. *Convênções sobre dupla tributação internacional*. Teresina: UFPI, 1992.

CARRAZZA, Roque Antonio. *O regulamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. A prova no procedimento administrativo tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 34, jul. 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1993, t. II.

GUASTINI, Riccardo. Legalità (principio di). *Digesto delle discipline pubblicistiche*. Torino: UTET, 1987, v. IX.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.

MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TÔRRES, Helena Taveira. *Pluriributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tratados e convenções em matéria tributária e o federalismo fiscal brasileiro*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 86, p. 34-49, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. *Causalidade e relação no direito*. Recife: OAB, 1985.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

---

<sup>1</sup> “A problematica delle fonti há riguardo alle ‘fonti di produzioni’: fatti (ed atti), cioè abilitati dall’ordinamento a creare diritto oggettivo, e perciò ‘normativi’, nel senso più ristretto e storicamente relativo – che sollo interessa in sede dommatica – avente riferimento alla produzione e modificazione di norme costitutive del diritto positivo. L’idea di fonte non può, infatti, essere disgiunta dall’idea di norma (del diritto oggettivo). Tra l’una e l’altra sussiste correlazione logica necessaria, poiché chi parla delle fonti, con ciò stesso evoca immancabilmente l’idea di diritto o di norme di diritto, così come chi parla del diritto (in senso oggettivo) o del ordinamento normativo, parla anche – almeno di solito – delle sue fonti”. (cf. CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1993, T. II, p. 4). “O Direito retira sua própria validade dessa auto-referência pura, pela qual qualquer

operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior”. (TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 2). Para outras considerações sobre a teoria das fontes do direito, veja-se especialmente: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984; ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1969; BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione – nuove studi de teoria del diritto*. Verona: Edizioni di Comunità, 1976.; BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*, Torino: Giappichelli, 1960; ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1984, p. 37; GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1992, p. 205-277.

<sup>2</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 104; No mesmo sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 49-52; BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária: uma introdução metodológica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 62.

<sup>3</sup> REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

<sup>4</sup> 1994, p. 13.

<sup>5</sup> 1994, p. 19.

<sup>6</sup> Guastini confirma essa feição tríplice da legalidade, ao formular a seguinte relação: “1) ‘È invalido ogni atto dei pubblici poteri che sai in contrasto con la legge’ (...); 2) ‘È invalido ogni atto dei pubblici poteri che non sia espressamente autorizzato dalla legge’. Si parla a questo proposito di ‘principio di legalità in senso formale’. 3) ‘È invalida (costituzionalmente illegittima) ogni legge che conferisca un potere senza disciplinarlo compiutamente’. Si parla a questo proposito di ‘principio di legalità in senso sostanziale’”. GUASTINI, Riccardo. *Legalità (principio di)*. *Digesto delle discipline pubblicistiche*. Torino: UTET, 1987, v. IX, p. 87.

<sup>7</sup> XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 14.

<sup>8</sup> Como diz Paulo de Barros Carvalho, o princípio da tipicidade tributária define-se em duas dimensões: “i) no plano legislativo, como a estrita necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo, de modo expreso e inequívoco, os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional; e ii) no plano da facticidade, como exigência da estrita subsunção do evento aos preceitos estabelecidos na regra tributária que o prevê, vinculando-se, obviamente, à adequada correspondência estabelecida entre a obrigação que adveio do fato protocolar e a previsão genérica constante da norma abstrata, conhecida como *regra-matriz de incidência*. Corolário inevitável da aplicação desse princípio é a necessidade de que os agentes da Administração, no exercício de suas funções de gestão tributária, *indiquem, pormenorizadamente, todos os elementos do tipo normativo existentes na concreção do fato que se pretende tributar e, bem assim, dos traços jurídicos que apontam uma conduta como ilícita*”. CARVALHO, Paulo de Barros. A prova no procedimento administrativo tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 34, jul. 1998, p. 105; Cf, ainda: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 116.

<sup>9</sup> “O processo crescente de complexidade da evolução social impõe a divisão do trabalho, a especialização de funções. Já as funções F’, F”, F””, não são comportáveis num único órgão O. Fragmenta-se o exclusivo órgão, destacando-se outros, cada um com função específica”. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. Recife: OAB, 1985, p. 192.

<sup>10</sup> BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 80-81; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 206.

<sup>11</sup> CARVALHO, 2003, *op. cit.*, p. 208.

<sup>12</sup> BORGES, 1975, *op. cit.*, p. 54 et seq.

<sup>13</sup> Como bem alerta Paulo de Barros Carvalho: “Convém advertir, portanto, que essas orações conotativas não abrigam propriamente fatos, mas elementos caracterizadores de eventuais ocorrências fácticas, pelo que, em termos rigorosos, não devemos dizer que o *fato jurídico* esteja contido na hipótese”. (CARVALHO, 1999, *op. cit.* p. 100).

<sup>14</sup> Cf. TÔRRES, Helena Taveira. *Pluriritribuição internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 532 et seq.

<sup>15</sup> Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (CNUDM), de 10.12.1982, de Montego Bay, art. 26.

<sup>16</sup> Como bem entende o STF: "(...) A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de *jure constituto*, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). (...)". CR 8279 AgR/Argentina. Min. Celso de Mello, DJ: 10-08-00. Para uma análise mais demorada do tema em apreço cf. TORRES, Helena Taveira. *Tratados e convenções em matéria tributária e o federalismo fiscal brasileiro*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 86, p. 34-49, 2002.

<sup>17</sup> Como diz Antônio de Moura Borges: "A ratificação é ato discricionário. O chefe de Estado é livre, juridicamente, para proceder ou não a ratificação – mesmo que o Poder Legislativo já tenha aprovado o projeto de tratado -, assim como para realizá-la no momento que lhe seja ou pareça oportuno, a não ser que as partes tenham fixado prazo para tal". (BORGES, Antônio de Moura. *Convenções sobre dupla tributação internacional*. Teresina: UFPI, 1992, p. 120.)

<sup>18</sup> A promulgação do Decreto Presidencial não é determinada pelo subsistema constitucional, decorre de costume iniciado com o Tratado de Reconhecimento da Independência e do Império, assinado entre Brasil e Portugal, em 29.08.1826, que, após ratificado pelas partes, foi promulgado por Decreto datado de 10.04.1826, cf. RODAS, João Grandino. *A publicidade dos tratados internacionais*, p. 200. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*, p. 79.

<sup>19</sup> Carta Rogatória n. 8.279, em 4 de maio de 1998; veja-se, ademais, a seguinte Ementa: "O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto". (STF. ADI 1480 MC/DF Rel. Min. Celso de Mello. DJU I, 18.05.2001.)

<sup>20</sup> STF. ADI 1480 MC/DF Rel. Min. Celso de Mello. DJU I, 18.05.2001.

<sup>21</sup> Art. 4.º: "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político".

<sup>22</sup> STF RHC 79785/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU I, 22.11.2002. Grifos nossos.

<sup>23</sup> "TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO. ICMS. TRATADO INTERNACIONAL. 1 – O sistema tributário instituído pela CF/88 vedou a União Federal de conceder isenções a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal e Municípios (art. 151, III). 2 – Em conseqüência, não pode a União firmar tratados internacionais isentando o ICMS de determinados fatos geradores, se inexistente lei estadual em tal sentido. 3 – A amplitude da competência outorgada à União para celebrar tratados sofre os limites impostos pela própria Carta Magna. 4 – O art. 98 do CTN há de ser interpretado com base no panorama jurídico imposto pelo novo Sistema Tributário Nacional". Resp. Nº 90.871/PE. Rel. Min. José Augusto Delgado. (96/0017825-9), 17/07/97. Também: "O mandamento contido no art. 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, conferindo-lhes efeitos semelhantes. O art. 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual". (STJ. REsp. n. 41.147-5-PR (930033045-4). 1ª Turma. Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

<sup>24</sup> Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “Os regulamentos são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público. Eles são emanados pelo Poder Executivo, mediante decreto”. (*Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 303). Nas abalizadas palavras de Roque Carrazza: “Como se sabe, uma das funções mais importantes do Direito é conferir certeza à incerteza das relações sociais, subtraindo do campo de atuação do Estado e dos particulares, qualquer resquício de arbítrio. O regulamento também contribui para que se alcance esta meta, na medida em que, por meio dele, o Executivo reduz, discricionariamente, o campo de ação que a lei lhe traça, dando a todos um maior grau de certeza, quanto às providências que adotará, em cada caso concreto”. (CARRAZZA, Roque Antonio. *O regulamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 137.) Cf. ainda o artigo “Lei e Regulamento”, no clássico: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999, p. 56-91.

<sup>25</sup> “*Tributário. Práticas administrativas*. Se o contribuinte recolheu o tributo a base de prática administrativa adotada pelo fisco, eventuais diferenças devidas só podem ser exigidas sem juros de mora e sem atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo (CTN, art. 100, III c/c parágrafo único). Recurso especial conhecido e provido, em parte”. (RESP 98703/SP STJ. 2ª Turma. Ministro Ari Pargendler. Data do julgamento: 18/06/1998). “*Tributário. Imposto de renda. Não incidência sobre verbas recebidas a título de ajuda de custo. Cobrança apenas do imposto, em situações idênticas. Prática reiteradamente adotada pela autoridade fazendária (artigo 100, inciso iii, do código tributário nacional). Legitimidade da pretensão do impetrante. Negativa de vigência a lei não demonstrada. Recurso especial não conhecido*”. “Se, em várias situações idênticas, a autoridade fazendária afastou os acréscimos legais do tributo, cobrando apenas o imposto de renda devido, o procedimento se caracteriza como prática reiterada na aplicação da legislação tributária, tornando legítima a pretensão do contribuinte. Embora afirme o recorrente a existência de lei expressa, que teria sido desrespeitada, em momento algum declinou qual seria a legislação pertinente, levando também à conclusão pelo não conhecimento do recurso especial”. (STJ. REsp n. 142280/SC. 2ª Turma. Rel. Min. Hélio Mosimann. Data de julgamento: 23/03/1999). “*Constitucional. Tributário. Ipi. Insumos. Isenção. Creditamento. Princípio da não cumulatividade. Lei nº 9.779/99*”. “1. Até que seja totalmente implementada a reforma tributária e criado o IVA– Imposto sobre o Valor Agregado (o que ocorrerá somente em 2007), valerá a regra da não-cumulatividade, que encontra assento constitucional. 2. A Lei n. 9.779/99, por força do assento constitucional do princípio da não-cumulatividade, tem caráter meramente elucidativo e explicativo. Apresenta nítida feição interpretativa, podendo operar efeitos retroativos para atingir a operações anteriores ao seu advento, em conformidade com o que preceitua o artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional, segundo o qual ‘a lei se aplica a ato ou fato pretérito’ sempre que apresentar conteúdo interpretativo. 3. Se a Lei n. 9.779/99 apenas explicita uma norma constitucional que é auto-aplicável (princípio da não-cumulatividade) não há razão lógica, nem jurídica, que justifique tratamento diferenciado entre situações fáticas absolutamente idênticas, só porque concretizada uma antes e outra depois da lei. 4. Recurso especial improvido”. (STJ. REsp n. 435783/AL. 2ª Turma. Rel. Min. Castro Meira. Data do julgamento: 19/02/2004). “*Tributário. Prática reiterada de atos pela administração. Penalidade inaplicável. Inteligência do art. 100, inc. III, parágrafo único, do CTN*”. 1. Restando configurada a prática constante de atos pela administração, há de se aplicar o preceito insculpido no art. 100, III, parágrafo único, do CTN, que exclui o contribuinte da imposição de penalidades, da cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo”. (STJ. REsp n. 162616/CE. 1ª Turma. Rel. Min. José Delgado. Data do julgamento: 02/04/1998.)

<sup>26</sup> O Superior Tribunal de Justiça, em voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Resp nº 95539-SP), também já se pronunciou a esse respeito, como se pode apreciar: “Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior (...)”. E complementa, assinalando que o sistema jurídico nacional, “(...) deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com os princípios éticos, inspiradores do sistema”. E inclusive com aplicação às relações com a Administração Pública (Resp. nº 47.015-SP, Min. Adhemar Maciel).

<sup>27</sup> Com opinião contrária ao caso em apreço, veja-se Bernardo Ribeiro de Moraes: “O mesmo não se pode dizer das decisões do Conselho de Contribuintes da Administração Federal que não constituem normas complementares da legislação tributária porquanto não existe lei que lhes consagre efeito normativo”. MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de Direito Tributário*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, vol. 2, p. 60.

## SOURCES IN TAX LAW

### ABSTRACT

This paper aims to set the premises of the relation between the sources of positive law and the legal force of rules, probing to limit the role of the complementary law, treaties, decrees and other sorts of legal rules at the Brazilian Constitutional Taxation System.

### KEYWORDS

Sources. Tax law. Laws. Complementary law. Treaties. Decrees. Complementary rules. Taxation system.

## SOURCES DU DROIT FISCAL

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'un essai pour fixer les lieux de la relation entre la notion des sources du droit positif et la validité des normes, en recherchant le rôle de la loi complémentaire, de traités, des décrets et des normes complémentaires dans le système fiscal constitutionnel brésilien.

### MOTS-CLÉS

Sources. Droit Fiscal. Normes. Loi Complémentaire. Traités. Décrets. Normes Complémentaires. Système Fiscal.

# SERVIÇOS PÚBLICOS E TRIBUTAÇÃO

*Hugo de Brito Machado\**

1 INTRODUÇÃO. 2 SERVIÇO PÚBLICO. 2.1 Elemento essencial. 2.2 Modicidade das tarifas. 2.3 Espécies. 2.3.1 Especificidade e divisibilidade. 2.3.2 O prestador do serviço. 2.3.3 Regime jurídico da utilização. 3 OS TRIBUTOS. 3.1 Poder de tributar. 3.2 Finalidade essencial do tributo. 3.3 Espécies de tributo. 3.4 Tributo oculto. 3.4.1 Conceito de tributo oculto. 3.4.2 Valor da outorga e outros exemplos de tributo oculto. 4 IMPOSTOS E SERVIÇOS PÚBLICOS. 4.1 Serviços públicos e imunidade tributária. 4.2 Razão da imunidade do serviço público. 4.3 O limite da imunidade. 4.4 Delegação de serviços públicos. 5 REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. 5.1 Tributo ou tarifa. 5.2 Tarifa de energia elétrica. 6 TRIBUTAÇÃO DAS OBRAS PÚBLICAS. 6.1 Distingão entre obra e serviço. 6.2 Cobrança do ISS sobre obras públicas. 6.3 Imunidade tributária de obras e serviços públicos. 6.4 Regulação e tributação.

## RESUMO

No presente estudo, examina-se a questão da tributação dos serviços públicos diante da ordem jurídica brasileira o que, para tanto, requer a análise do conceito e elementos essenciais do serviço público, das modalidades de tarifas, da prestação e do prestador desses serviços e, por fim, do regime jurídico de sua utilização. Em seguida, passa-se à análise do poder de tributar como aspecto da soberania estatal, examina-se as finalidades e espécies dos tributos, a fim de se chegar ao conceito de tributo oculto e à idéia de valor da outorga. Posteriormente, traça-se parâmetros dos serviços públicos e da imunidade tributária dos entes públicos, bem como da razão da imunidade daqueles e o limite dessa imunidade. São tecidos comentários sobre as formas de remuneração dos serviços públicos, se mediante taxa ou tarifa. Por fim, trata-se da tributação das obras públicas, mormente quanto à cobrança de ISS sobre obras públicas, a imunidade tributária dessas obras, bem como a regulação e tributação nesse setor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Serviços Públicos. Valor da outorga. Especificidade. Divisibilidade. Tarifa. Tributos. Imunidade. Remuneração. Obras públicas.

---

\* Juiz aposentado do TRF da 5a Região. Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

## 1 INTRODUÇÃO

No exercício do cargo de Presidente da ARCE (Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará), tivemos de examinar algumas questões atinentes à prestação de serviços públicos, entre as quais as licitações para concessão de serviços públicos no bojo das quais nos deparamos com a figura do denominado valor da outorga, que nos pareceu verdadeiramente absurdo, não obstante tratado com certa naturalidade pelos administrativistas.

Temos meditado bastante a respeito da tributação de serviços públicos, que nos parece ser uma flagrante incoerência, na medida que se trata de atividade desenvolvida para atender necessidades coletivas consideradas essenciais. Preconiza-se a modicidade das tarifas exatamente porque o atendimento dessas necessidades deve implicar o mínimo sacrifício para os seus destinatários, e ao mesmo tempo admite-se que o Estado, o grande benfeitor da coletividade, considere a utilização de serviços públicos como fato signo presuntivo de capacidade contributiva, utilizando a prestação desses serviços como canal para a arrecadação de tributos.

A nosso ver, a idéia de custo mínimo possível para o usuário não se harmoniza com a oneração desse custo com tributos, salvo situações excepcionais. Em princípio, o Estado deve contribuir para a redução do custo dos serviços públicos. Jamais para a elevação destes, com a inserção de custo adicional, vale dizer, com a cobrança de tributos, a pretexto de atender a necessidade de recursos financeiros destinados ao financiamento de outras atividades.

Contra nossa tese temos ouvido o argumento de que em quase todos os países do mundo os serviços públicos são tributados. Não nos parece, porém, que devamos incorrer em erro apenas porque outros o praticam. Reconhecemos que geralmente coisas ruins são imitadas mais facilmente do que coisas boas, mas não podemos concordar com tais imitações. Nem aceitamos o argumento de que o fato de muitos outros fazerem algo significa que algo é bom. A ilicitude tem sido praticada em todo o mundo, durante toda a história da humanidade, e nem por isto vamos defender as práticas ilícitas.

Existem também práticas admitidas em países do primeiro mundo, países os mais destacados, como é o caso da prisão de menores, que no Brasil é fortemente rejeitada. Logo, o argumento de que em outros países existe a tributação dos serviços públicos não é suficiente para que a aceitemos sem questionamentos. Está a merecer análise crítica. Está a exigir que se faça o teste da coerência. Se o serviço é público exatamente porque se destina a atender necessidades essenciais, como se justifica que seja a sua prestação onerada com tributos que bem podem ser cobrados em outras situações, onerando outros aspectos da atividade econômica?

Mesmo nos casos em que um serviço público constitui verdadeiro insumo em atividade industrial, ou instrumento utilizado em apoio de atividades comerciais, não sendo nesses casos destinado ao atendimento de ne-

cessidades coletivas das pessoas em geral, mas destinado a satisfazer necessidades empresariais, necessidades de entidades lucrativas, mesmo nesses casos não se justifica a sua oneração com o tributo. Pode e deve este incidir sobre os lucros dessas atividades. Não, porém, sobre os seus custos.

Não desconhecemos que em nosso sistema jurídico existem previsões legais expressas de tributação de serviços públicos. Exemplo disto temos na Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, que autoriza a cobrança, pelos Municípios, do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre diversos serviços públicos. Outro exemplo é a cobrança do ICMS sobre energia elétrica e sobre telefonia. É difícil, portanto, sustentarmos que no plano do nosso direito positivo não incidem tributos sobre serviços públicos. Difícil especialmente porque já não buscamos a razão de ser das coisas e geralmente nos satisfazemos com o que se vem afirmando ser correto.

Não temos dúvida de que a tributação dos serviços públicos prestados por empresas privadas, sob controle, inclusive tarifário, do Poder Público, somente se explica diante do que Alfredo Augusto Becker denominou sistema de fundamentos óbvios.<sup>1</sup> Justifica-se o tributo porque a empresa tem finalidade lucrativa. Não se investiga mais nada. É óbvio que em se tratando de uma empresa, que tem finalidade lucrativa, deve pagar tributo.

Mesmo assim, com este pequeno estudo pretendemos demonstrar que constitui grave incoerência a tributação de serviços públicos, ainda que prestados por empresas privadas. É que a rigor essa tributação contraria o princípio da razoabilidade, podendo, portanto, ser considerado inconstitucional. Inconstitucionalidade que se mostra mais evidente, ainda, quando se trata de tributação oculta, como acontece, por exemplo, com o denominado “valor da outorga.”

## 2 SERVIÇO PÚBLICO

### 2.1 Elemento essencial

O conceito de serviço público tem sido controvertido na doutrina. A rigor, esse conceito depende da postura ideológica de quem o formula, podendo ser mais amplo, como vêem os que defendem um Estado totalitário, ou bem restrito, como vêem os partidários do liberalismo. Seja como for, todos estão de acordo quanto a um elemento essencial do conceito de serviço público, que na qualificação das prestações que o consubstanciam como imprescindíveis ou correspondentes a conveniências básicas da sociedade.

Reportando-se ao substrato material da noção de serviço público, doutrina Celso Antônio:

Quanto ao primeiro elemento – seu substrato material – cumpre observar que a atividade estatal denominada serviço público é a prestação consistente no oferecimento, aos administrados em

geral, de utilidades ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.) singularmente fruíveis pelos administrados que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da sociedade, em dado tempo histórico. Aliás, é por isto que o presta sob regime de Direito Público, diretamente ou através de alguém por ele qualificado para tanto. Esta oferta é feita aos administrados em geral. Daí falar-se, com razão, no princípio da generalidade ou universalidade do serviço público, pois o serviço diz respeito a necessidades ou comodidades básicas da sociedade.<sup>2</sup>

Pode-se afirmar, com apoio na doutrina dos mais eminentes administrativistas, que o Estado assume o ônus de desempenhar as atividades que tenha qualificado como serviços públicos. Por isto mesmo se diz que diante da distinção entre serviço público e atividade econômica “claramente configura-se a obrigatoriedade imposta pelo legislador constituinte de que os serviços públicos sejam prestados pelo Poder Público.”<sup>3</sup> E se diz também que mesmo ocorrendo delegação, “a responsabilidade pela prestação dos serviços permanecerá com o Poder Público.”<sup>4</sup>

Na verdade o Estado é, sempre, o titular do dever de prestar os serviços públicos. É a lição autorizada de Juarez Freitas:

A titularidade do serviço público, em última instância, pertence irrenunciavelmente ao Poder Público, ainda que não necessariamente em caráter privativo, nas exceções constitucionais (por exemplo, educação e saúde). A execução tanto pode ser realizada pela Administração direta como, por lei, ser conferida às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como delegada a entes privados por contrato (concessão ou permissão, nos termos do art. 175 da CF) ou por ato administrativo (autorização, nos termos de outros dispositivos constitucionais, tais como o art. 21), pressuposta a subordinação a regime dos princípios de Direito Público, ainda quando privados os métodos e riscos de gestão. Em outros termos, propõe-se a superação (não a simples negação, que seria absurda) da dicotomia rígida entre serviços tipicamente administrativos – executados pela Administração – e atípicos – serviços comerciais ou industriais que visariam a produzir renda, que poderiam ser prestados pela Administração ou por terceiros –, pois somente existe a categoria una de serviços públicos, independentemente de a contraprestação existir ou não, assim como de quem quer que seja o executor.<sup>5</sup>

As divergências em torno do conceito de serviço público derivam de divergências em torno da definição do papel do Estado. Assim também as divergências em torno da questão de saber quais serviços públicos devem ser

prestados diretamente pelo Estado, e quais os serviços públicos cuja prestação pode ser objeto de delegação a empresas privadas. Neste sentido, reportando-se ao Direito brasileiro vigente, ensina Vitor Rhein Schirato com inteira propriedade:

A partir da disciplina constitucional dos serviços públicos (que, aliás, é consideravelmente semelhante com as disciplinas constitucionais anteriores), verifica-se claramente a existência de dois posicionamentos do Estado brasileiro, variantes conforme as ideologias político-econômicas vigentes.

Em um primeiro momento, compreendido desde o Estado novo até a primeira metade da década de 90, o Poder Público reserva para si a *obrigação de prestar* os serviços públicos diretamente, sem se valer da possibilidade de outorgar concessões ou permissões. Havia forte controle sobre o meio de prestação dos serviços públicos, posto que o próprio Poder Público *obrigava-se a prestar* tais serviços.

A partir da segunda metade da década de 90, entretanto, verifica-se profunda alteração na postura estatal relacionada com a prestação de serviços públicos na medida em que se passa a adotar, com cada vez maior freqüência, a utilização da outorga de concessões (sobretudo) e permissões para que terceiros prestem os serviços públicos, sob os auspícios de emendas constitucionais e legislações novas editadas para tal mister (por exemplo, em âmbito federal, Lei n. 8.987/95, Lei n. 9.074/95, entre outras). O meio pelo qual o serviço público é prestado perde importância para um controle de sua efetiva prestação (finalidade precípua constitucionalmente estabelecida).

Tal alteração é devida, principalmente, a uma revisão das funções do Estado e à falta de recursos por parte do Poder Público para realizar investimentos necessários à modernização, à atualização e à universalização dos serviços públicos, bem como à constante restrição da capacidade do Poder Público de captar os recursos necessários para tanto, sendo conseqüência de tais falta de recursos e restrições de endividamento uma redução cada vez maior do aparelhamento estatal, promovida por meio de processos e privatização (Lei Federal n. 9.491, de 9 de setembro de 1997, por exemplo) e reduções no número de cargos e empregos públicos.

Todavia, a transferência da prestação dos serviços públicos à iniciativa privada não implicou, de forma alguma, o afastamento do Estado de *seus deveres frente à prestação* dos serviços públicos.<sup>6</sup>

Definido o *serviço público* pela ordem jurídica, pode-se considerar pacífica a idéia segundo a qual as atividades por essa ordem jurídica reservadas ao Estado são consideradas *essenciais* para a comunidade, de sorte que não podem ficar a depender da iniciativa privada, nem ser fonte de lucros dimensionados

simplesmente pelas leis do mercado. A *importância* que a ordem jurídica atribui às atividades que define como *serviços públicos*, que justifica essa definição, é que faz com que o Estado assuma o *ônus* de prestá-las à comunidade.

Precisamente por isto é que, mesmo em se tratando de serviços públicos prestados por empresas privadas mediante delegação do Poder Público, a este fica reservado o poder de fixar o valor da retribuição que pode ser cobrado dos respectivos usuários. *Poder* que é apenas a outra face do *dever* do Estado de assegurar à comunidade não apenas a existência do serviço, mas assegurar também que este seja desfrutado pelo menor custo possível.

## 2.2 Modicidade das tarifas

Corolários indiscutíveis da natureza essencial dos serviços públicos para a coletividade são os princípios jurídicos que regem a respectiva prestação, entre os quais no âmbito deste estudo merece destaque o princípio da modicidade das tarifas, “segundo o qual a tarifa cobrada dos usuários pela fruição dos serviços deverá ser a menor possível para a adequada remuneração do prestador dos serviços.”<sup>7</sup>

Nesse sentido a autorizada lição de Celso Antônio afirmando, com inteira propriedade, que:

... se o Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualificação, por considerá-lo importante para o conjunto de membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem

Destarte, em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria do povo vive em estado de pobreza ou miserabilidade, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, *muitas vezes subsidiados*. Tal circunstância – que não ocorre em países desenvolvidos –, dificulta ou impossibilita a obtenção de resultados bem sucedidos com o impropriamente chamado movimento das “privatizações”, isto é, da concessão de tais serviços a terceiros para que os explorem com evidentes e naturais objetivos de lucro.<sup>8</sup>

Os que defendem as privatizações, todavia, o fazem por entenderem que a prestação de serviços por empresas privadas termina sendo menos onerosa do que essa mesma prestação levada a efeito pelo Estado, ao qual de resto caberá o controle, se não dos meios utilizados na atividade prestacional, ao menos da qualidade dos serviços e das tarifas correspondentes.

Não cabe aqui o exame da questão de saber com quem está a razão quanto à conveniência das privatizações, mas é importante considerarmos

que tanto os que a elas são contrários, como os que as defendem, estão todos de acordo em que as tarifas cobradas como remuneração pelos serviços públicos devem ser sempre as menores possíveis.

## 2.3 Espécies

Os serviços públicos podem ser classificados por diversos critérios. No contexto do presente estudo faremos três classificações. Na primeira adotaremos o critério da especificidade e divisibilidade, classificando os serviços públicos em duas espécies, a saber, (a) a dos serviços de interesse geral, e indivisíveis, e (b) a dos serviços específicos e divisíveis. Na segunda classificação adotaremos o critério do prestador, classificando os serviços públicos também em duas espécies, a saber, (a) a dos prestados diretamente pelo Poder Público, e (b) a dos prestados por pessoas jurídicas de direito privado mediante concessão ou permissão. E finalmente, na terceira classificação adotaremos o critério da compulsoriedade do uso do serviço, e também aqui classificaremos os serviços públicos em duas espécies, a saber, (a) os de uso compulsórios e (b) os de uso facultativo.

Vejamos em linhas gerais cada uma dessas espécies, estabelecendo assim os pressupostos que nos permitirão adiante examinar a inserção do tributo em cada uma delas.

### 2.3.1 Especificidade e divisibilidade

Pelo critério da especificidade e divisibilidade os serviços podem ser, repita-se, gerais e indivisíveis ou então específicos e divisíveis. Os primeiros são aqueles prestados à comunidade em geral, sem que seja possível a identificação ou individualização de seus usuários e sem que se possa dividir a prestação em unidades para dimensionar a correspondente utilização. Já os específicos e divisíveis são aqueles que podem ser destacados em unidades autônomas de atividade prestacional, de sorte a tornar possível a atribuição dessas unidades autônomas a cada usuário. No que importa diretamente ao assunto aqui estudado, tomemos um exemplo que tem sido colocado em questão perante o Judiciário, que é o da coleta de lixo.

Depois de muitas disputas chegou-se à conclusão de que esse serviço deve ser dividido, para fins da classificação de que se cuida, em duas atividades distintas, a saber, o serviço de limpeza urbana, que compreende a limpeza de ruas, praças e outros logradouros públicos, e a coleta domiciliar de lixo.

O serviço de limpeza pública pertence à primeira das duas espécies referidas. É um serviço geral e indivisível, e o seu custeio, portanto, não pode ser imputado diretamente aos usuários, cabendo ao Estado providenciar esse custeio utilizando-se dos recursos dos quais dispõe, geralmente provindos da arrecadação de impostos.

### 2.3.2 O prestador do serviço

Considerando-se quem seja o prestador, o serviço público pode ser classificado em duas espécies que são, como já afirmado, os prestados diretamente pelo Estado e os que têm a respectiva prestação delegada a particulares.

Há quem sustente que sendo o serviço público prestado por empresa concessionária ou permissionária a correspondente remuneração cobrada do usuário tem sempre natureza contratual, qualificando-se como preço ou tarifa. Jamais como taxa, vale dizer, tal remuneração não tem natureza tributária. Não nos parece, porém, que seja assim. A nosso ver o que define se a natureza da remuneração pela prestação de serviços públicos é taxa, ou tarifa, é o regime jurídico da utilização do serviço.

Em princípio, o custeio dos serviços cuja prestação é delegada a particulares pode ser feito diretamente pelos usuários do mesmo, mediante o pagamento de preço público, ou tarifa. Não é certo, todavia, que o custeio de um serviço público cuja prestação seja delegada a empresas privadas tenha de ocorrer, sempre, dessa forma. Pode dar-se a delegação da atividade prestacional e com a remuneração a cargo do próprio Poder Público, que poderá para tanto utilizar recursos derivados de impostos, ou recursos derivados de taxas cobradas dos correspondentes usuários, desde que se trate de serviços específicos e divisíveis, como definidos no item precedente.

O critério que define a remuneração cobrada do usuário como tributo (taxa) ou como tarifa, é o do regime jurídico da utilização do serviço, como se passa a explicar.

### 2.3.3 Regime jurídico da utilização

Os serviços públicos podem ser de uso facultativo e de uso compulsório. É a terceira das classificações referidas há pouco, que se presta, repita-se, para definir a natureza jurídica da correspondente remuneração cobrada pelo prestador do serviço do respectivo usuário.

Voltemos ao exemplo do serviço de limpeza pública.

Em alguns países o usuário paga por um vasilhame no qual deposita o lixo. O tamanho do vasilhame, do qual depende o valor por ele cobrado, define a quantidade de lixo produzido pelo usuário do serviço. Por razões de ordem cultural esse critério talvez não seja de utilização viável no Brasil. Pode ser que no futuro venha a ser.

Seja como for, a divisão do ônus do custo do serviço é possível. É certo que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivos de lei municipal relativos a taxa para o custeio de serviços de limpeza pública, conceito no qual se inclui o serviço de varrição e remoção do lixo de ruas e logradouros público, que na verdade é indivisível.<sup>9</sup> Entretanto, o Município do Rio de Janeiro<sup>10</sup> e o Município de São Carlos (em São Paulo),

tiveram reconhecida a constitucionalidade de leis instituidoras de taxa para o custeio dos serviços de coleta, remoção, tratamento e disposição final do lixo domiciliar, que colocam como elemento básico para a definição do valor da taxa em questão a área do imóvel.<sup>11</sup>

Tem-se hoje como ponto pacífico, portanto, que a área do imóvel pode ser considerada na determinação do valor da taxa de coleta de lixo domiciliar. Assim, um dos critérios válidos para a determinação do valor dessa taxa pode ser o custo total do serviço, que se pode determinar pela remuneração paga pelo Município à empresa executora do mesmo, dividido pelo número de contribuintes cadastrados no Município, considerada a área do imóvel de cada um.

Seja como for, importante no âmbito deste estudo é a consideração de que o serviço público de uso compulsório não pode ensejar a cobrança de preço ou tarifa, e sim de taxa, e por isto mesmo essa remuneração há de ser estabelecida em lei, que estabelecerá a base de cálculo desse tributo e assim os critérios úteis na determinação do valor a ser cobrado de cada usuário.

### 3 OS TRIBUTOS

#### 3.1 Poder de tributar

O poder de tributar é um aspecto da soberania do Estado. A este respeito já escrevemos:

Como se sabe, o Estado é entidade soberana. No plano internacional representa a nação em suas relações com as outras nações. No plano interno tem o poder de governar todos os indivíduos que se encontrem no seu território. Caracteriza-se a soberania como a vontade superior às vontades individuais, como um poder que não reconhece superior.

No exercício de sua soberania o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. Institui o tributo. O *poder de tributar* nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta.

Importante, porém, é observar que a *relação de tributação* não é simples relação de *poder* como alguns têm pretendido que seja. É relação *jurídica*, embora o seu fundamento seja a soberania do Estado. Sua origem remota foi a imposição do vencedor sobre o vencido. Uma relação de escravidão, portanto. E essa origem espúria, infelizmente, às vezes ainda se mostra presente em nossos dias, nas práticas arbitrárias de autoridades da Administração Tributária. Autoridades ainda desprovidas da consciência de que nas comunidades civilizadas a relação tributária é relação *jurídica*, e que muitas vezes ainda contam com o apoio de falsos juristas, que usam o conhecimento e a inteligência, infelizmente, em defesa do autoritarismo.<sup>12</sup>

### 3.2 Finalidade essencial do tributo

A finalidade essencial do tributo é suprir o Estado dos recursos financeiros de que necessita para exercer suas atividades, e entre estas se destaca como de suma importância, precisamente, a prestação de serviços públicos.

Na prestação de alguns serviços públicos, que classificamos como específicos e divisíveis, o Estado pode obter e geralmente obtém dos próprios usuários os recursos destinados ao custeio de sua atividade prestacional. Para grande parte dos serviços prestados pelo Estado, todavia, essa fonte de custeio não se mostra viável.

Pudesse o Estado obter dos usuários de serviços públicos todos os recursos financeiros dos quais necessita para o custeio desses serviços, de bem pouco mais haveria de necessitar. Ocorre que muitos serviços públicos são prestados pelo Estado a pessoas praticamente sem nenhuma capacidade contributiva, e por isto mesmo não tem como haver destas a remuneração pelos serviços que presta.

Daí a necessidade dos impostos, que são tributos que somos obrigados a pagar independentemente de qualquer atividade estatal específica a cada um de nós destinada. Dos impostos é que originam os recursos destinados ao custeio das atividades estatais desenvolvidas no interesse geral da coletividade.

### 3.3 Espécies de tributo

Realmente, os tributos são classificados em três espécies distintas, a saber, os impostos, as taxas e as contribuições. No âmbito do presente estudo importa-nos apenas cuidar dos impostos e das taxas. Podemos, entretanto, afirmar que em nosso sistema jurídico as contribuições caracterizam-se pela finalidade específica a que se destinam e, assim, porque existe um vínculo entre essa espécie de tributo e as atividades estatais que devem ser por ela custeadas, ficam elas, ao menos para os fins deste estudo, equiparadas às taxas. Poderíamos desenvolver outras considerações, especialmente a respeito da contribuição de melhoria, mais nos parece impertinente aprofundar o tema das contribuições no âmbito deste estudo.

Diz-se que um tributo é qualificado como imposto quando a obrigação de fazer o respectivo pagamento tem como fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte.<sup>13</sup>

Diz-se que um tributo é taxa quando a obrigação de fazer o respectivo pagamento tem como fato gerador uma atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. Essa atividade estatal, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser o exercício do poder de polícia, ou a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Assim, não há dúvida de que os serviços públicos podem gerar recursos para o Estado pela via da tributação quando se trate de taxas, que cons-

tituem a própria remuneração paga pelo usuário pelo serviço efetiva ou potencialmente por ele utilizado. E não se pode esquecer que o valor das taxas deve ser apenas o correspondente ao custo da atividade estatal que a justifica, dimensionado com a possível aproximação, mas sempre respeitando a idéia de que o Estado não se pode valer das taxas para arrecadar recursos além dos necessários para o custeio da atividade à qual se vinculam esses tributos.

A questão que se coloca, então, é a de saber se pode o Estado obter recursos financeiros utilizando o seu poder de tributar, pela via dos impostos, onerando serviços públicos remunerados mediante preços públicos ou tarifas.

### 3.4 TRIBUTO OCULTO

#### 3.4.1 Conceito de tributo oculto

Conhecido o conceito de tributo na Teoria Geral do Direito Tributário, resta fácil a dedução do que se deve entender por tributação oculta. Chega-se a esse conceito por exclusão. A prestação pecuniária compulsória que não constitui sanção de ato ilícito, e que é instituída e cobrada sem obediência aos padrões que o ordenamento jurídico estabelece para a instituição e cobrança dos tributos pode ser considerada um tributo oculto.

Tributo disfarçado ou oculto, então, é aquela prestação pecuniária que, não obstante albergue todos os elementos essenciais do conceito de tributo na Teoria Geral do Direito, é exigida pelo Estado sem obediência às normas e princípios que compõem o regime jurídico do tributo.

Para instituir e cobrar tributo oculto o Estado se vale de sua soberania, impõe a prestação fazendo-a compulsória por via oblíqua.

O tributo disfarçado ou oculto caracteriza-se como tal em nosso ordenamento jurídico pelo fato de não ser instituído com obediência às normas e princípios que, em nosso Direito, regem a instituição e cobrança de tributo. Ele é instituído e cobrado disfarçadamente, embutido no preço de bens ou de serviços prestados pelo Estado, através de empresas suas ou de concessionárias, a salvo das leis do mercado e, portanto, preços fixados de forma unilateral e sem qualquer possibilidade de controle em face do conluio que se estabelece entre o Estado e a empresa vendedora do bem ou prestadora do serviço.

#### 3.4.2 Valor da outorga e outros exemplos de tributo oculto

Tem sido freqüente essa forma de tributação oculta, que tem passado sem ser percebida até por juristas eminentes. Ao licitar a concessão de um serviço público, o Estado coloca entre os itens a serem avaliados na licitação o denomi-

nado *valor da outorga*. Uma quantia a ser paga pela empresa vencedora da licitação ao Poder Concedente, vale dizer, ao Estado outorgante da concessão.

O serviço público caracteriza-se como tal por ser um serviço essencial. Por isto o Estado não deixa a sua prestação a cargo das empresas. Assume o ônus de prestá-lo. Entretanto, como não dispõe de meios adequados ou suficientes para tanto, concede a uma empresa a atribuição para esse fim. Faz um contrato de concessão do serviço público, e nesse contrato é estabelecido que o preço a ser cobrado do usuário do serviço, denominado tarifa, será fixado pelo Poder Concedente, em face de uma planilha dos custos da atividade desenvolvida na prestação do serviço.

Como a empresa vai pagar ao Poder Concedente aquele *valor da outorga*, ela naturalmente o inclui como custo de sua atividade. E assim esse valor é considerado na fixação da tarifa correspondente, cobrada do usuário do serviço que, por essa via paga o tributo oculto na mesma.

Ressalte-se que o Estado, ou Poder Concedente, nada faz para o usuário do serviço. O denominado valor da outorga, portanto, não é uma contraprestação por qualquer utilidade que deva ser ofertada pelo Estado. É cobrado simplesmente porque o poder de decidir quem vai prestar o serviço é um poder estatal. Parcela da soberania estatal. Poder de tributar, portanto.

Outra forma de tributo oculto é a parcela do preço cobrado pelas empresas estatais no caso de atividades monopolizadas. O preço é fixado unilateralmente pelo Estado empresário, a partir dos custos da atividade. Acrescenta a esses custos a margem de lucro que deseja para a sua empresa e, ainda, uma parcela que pretende arrecadar. Essa parcela, tenha o nome que tiver, é um verdadeiro tributo, porque cobrada dos adquirentes do bem com fundamento exclusivamente na soberania estatal.

Exemplo disto entre nós era a denominada PPE, cobrada por intermédio da PETROBRÁS, depois substituída por contribuição de intervenção no domínio econômico, cuja validade pode ser questionada, mas não é pertinente no âmbito deste estudo.

Mais um exemplo de tributo oculto é a contraprestação de serviços de utilização compulsória. Realmente, se um serviço público é de utilização compulsória, a contraprestação por ele paga pelo usuário não é tarifa, mas taxa.

Exemplo de serviço que se tem colocado como de utilização compulsória é o de esgotamento sanitário. No Município de Fortaleza existe uma lei municipal dizendo que é obrigatória a ligação à rede pública de esgoto sanitário. Em sendo assim, a contraprestação correspondente a tal serviço será uma taxa. E assim só poderá ser cobrada pelo próprio município, e nos termos da lei que a instituir, dentro dos padrões constitucionais próprios para os tributos.

O valor cobrado pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará – CAGECE configura típico tributo oculto. Ilegal e abusivamente cobrado.

Mais um exemplo de tributação oculta temos nos encargos com SEDEX ou outras formas de fazer chegar documentos à repartição, tendo-se em vista que o contribuinte tem indiscutível direito de entregá-los pessoalmente, ou pelo meio que entender de sua conveniência.

A propósito, o Juiz Federal da 2ª Vara de Chepecó (SC), Narciso Leandro Xavier Baez, concedeu medida liminar em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, garantindo aos contribuintes de todo o país o direito de entregar diretamente nas repartições da DRF documentos como pedidos de inscrição no CNPJ. Com isto declarou a nulidade de um item da Instrução Normativa 35 da SRF que impunha o uso do SEDEX.

## 4 IMPOSTOS E SERVIÇOS PÚBLICOS

### 4.1 Serviços públicos e imunidade tributária

Há quem considere que os serviços públicos são tributáveis, posto que imunes são os entes públicos. Nessa linha de pensamento, Cristina Lino Moreira afirma que:

O serviço público só é tributável enquanto concedido (ou permitido) a pessoa privada ou ente autárquico que não o exerça como finalidade essencial ou como decorrência dessa finalidade. Assim, se concessionárias de serviço público, sociedades de economia mista e empresas públicas são tributáveis...<sup>14</sup>

Mesmo os que pensam nessa linha e adotam postura estritamente positivista-normativista, admitem que um serviço é público independentemente de quem o presta. Admitem que o serviço é público porque assim a ordem jurídica o definiu, submetendo sua prestação ao regime do Direito Administrativo. Assim, Cristina Moreira, à luz da Constituição anterior, sustentou que

... na concessão ocorre apenas a transferência do exercício do serviço público (e não de sua titularidade) a uma pessoa geralmente privada; daí decorre que o concessionário não se assenhoreia do serviço, mas presta-o em nome do Estado (em sentido lato) concedente. O mesmo se diga, nesse aspecto, quanto à permissão, *a fortiori*, embora não mencionada no texto constitucional.

Aqui se evidencia com nitidez a distinção entre titularidade e exercício de serviço público e por que sustentamos que o serviço público não é imune, mas apenas intributável (de regra) se e enquanto exercido por pessoa pública; de modo que intributável se exercido por pessoa política, ainda que sob a forma de concessão ou permissão, uma vez que o art. 19, III, "a", não contém qualquer cláusula restritiva ou quantificadora da subjetividade da imunidade recíproca.<sup>15</sup>

## 4.2 Razão da imunidade do serviço público

A razão da imunidade tributária dos serviços públicos é a própria natureza pública desses serviços. Na medida em que o ordenamento jurídico qualifica um serviço como público, pela mesma razão que o faz deve também imunizar a atividade de prestação respectiva.

A mesma razão pela qual a entidade estatal, ou entidade política, é subjetivamente imune à tributação, justifica plenamente que os serviços públicos sejam, objetivamente, imunes à tributação. A entidade política é *subjetivamente* imune porque existe para servir ao público. Da mesma forma, os serviços públicos devem ser *objetivamente* imunes porque existem para atender às necessidades essenciais do público.

## 4.3 O limite da imunidade

É certo que o § 3º, do art. 150, da vigente Constituição Federal, estabelece um limite à imunidade tributária ao dizer que as limitações da regra imunizante “não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.” Essa norma da Constituição, todavia, precisa ser adequadamente interpretada.

Em primeiro lugar, no que se refere à exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, a razão é muito clara: não se pode pretender que o Estado se valha de sua condição para, gozando de imunidade tributária, desenvolva atividades em regime de direito privado, competindo com as empresas que pagam tributos. Nem é preciso desenvolver qualquer argumentação para demonstrar essa tese.

A questão mais delicada diz respeito a atividades que alguns qualificam como atividades econômicas enquanto para outros constituem serviços públicos. E essa questão há de ser resolvida a partir do regime jurídico ao qual o desempenho dessas atividades esteja submetido. Em se tratando de atividades desenvolvidas sob controle direto do Estado, inclusive quanto à fixação das tarifas, a nosso ver existe a imunidade. É uma evidente falácia o argumento segundo o qual sendo o agente da atividade uma empresa privada, que visa o lucro, deve ser afastada a imunidade. Falácia porque na verdade o tributo nada tem a ver com o lucro que pode ser auferido, vez que a lei garante o ajuste da tarifa, para menos e para mais, sempre que ocorre alteração no ônus tributário, o que deixa fora de qualquer dúvida não ser a empresa o destinatário desse ônus que, que em qualquer caso é suportado pelos usuários do serviço.

#### 4.4 Delegação de serviços públicos

A delegação da atividade de prestação de serviços públicos deve ocorrer simplesmente para que se faça a prestação mais conveniente ao público. Assim, deve ocorrer somente como forma pela qual se torna possível a prestação de serviço melhor e a custo menor. Apenas na medida que se reconhece que uma entidade, organizada nos moldes privados, organizada como empresa, agindo segundo os princípios próprios do agir das entidades empresariais, mas sob o controle do Estado, tem condições de servir melhor e a custo mais baixo.

A delegação deve ocorrer sempre mediante licitação. Não para que o Estado possa auferir um maior *valor da outorga*, evidentemente, pois isto iria simplesmente onerar mais o custo da prestação dos serviços. Mas, isto sim, para que se possa obter o serviço para o público pelo menor custo possível.

Na licitação, portanto, deveriam ser colocados como critérios decisivos o *técnico* e o *financeiro*. O primeiro consubstanciado na qualidade do serviço. Terá mais pontos na licitação a empresa que demonstrasse estar melhor aparelhada para prestar o serviço de melhor qualidade. E o segundo, consubstanciado na menor tarifa a ser cobrada do usuário.

Mesmo prestado por empresas, mediante delegação, o serviço público não deveria ser onerado por impostos. Na verdade, constitui brutal incoerência falar-se de modicidade de tarifas, com isto pretendendo afirmar que os serviços públicos devem ser oferecidos a seus usuários pelo menor preço possível, e ao mesmo tempo admitir-se a oneração desses preços com a incidência de impostos.

E não se venha argumentar que a imunidade é subjetiva, vez que pertence apenas ao prestador dos serviços enquanto entidade política, vale dizer, enquanto pessoa jurídica de Direito Público. O que na verdade deve prevalecer é a razão de ser da imunidade. Esta, enquanto imunidade recíproca a impedir que um ente público tribute outro ente público, presta-se para preservar o equilíbrio federativo, impedindo que uma entidade pública possa destruir outras, pois o poder de tributar envolve o poder de destruir, e em última análise toda e qualquer imunidade tributária no que diz respeito à prestação de serviços públicos existe para favorecer os destinatários do serviço, e estes são sempre os seus usuários.

Diz-se, é certo, que a imunidade não pode favorecer empresas privadas, que estas atuam visando lucros. Tal argumento, porém, é inteiramente falacioso, posto que a lei determina a tais empresas prestadoras de serviços públicos que repassem aos usuários dos serviços todas as vantagens, e todos os ônus tributários, estabelecendo expressamente que:

Serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços.<sup>16</sup>

E ainda, que:

A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará revisão do contrato.<sup>17</sup>

Por isto mesmo é que se preconiza o denominado reequilíbrio econômico financeiro do contrato. Nas palavras de Juarez Freitas:

Em matéria de reequilíbrio econômico-financeiro, a revisão da tarifa poderá ser para mais ou para menos? O equilíbrio econômico-financeiro é direito intangível do concessionário? Sim, nos termos do mesmo art. 9º da Lei n. 8.987/95, os contratos poderão-deverão prever mecanismos de revisão, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro. Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.<sup>18</sup>

Logo se vê, muito facilmente, aliás, que os encargos tributários pesam sobre os usuários e são absolutamente indiferentes para as empresas prestadoras dos serviços públicos. É uma falácia, portanto, repetimos, dizer-se que em sendo prestados por empresas privadas, mediante delegação, os serviços públicos devem ser tributados, posto que tais prestadoras, como empresas que são, visam o lucro, e que a não tributação resultaria em indevido benefício destas.

É da maior evidência que em se tratando de serviços remunerados mediante tarifas controladas pelo Poder Público, não submetidas às leis do mercado, onerar o custo dos serviços com a incidência de tributos é onerar os usuários desses serviços. Só o preconceito gerado pela ignorância é que pode sustentar tamanha falácia, que a rigor somente se presta para permitir que se ponha em prática os princípios da máxima arrecadação e da comodidade arrecadatória. A rigor, a delegação da atividade de prestação de serviços públicos só justifica mesmo a incidência do imposto de renda, com o qual o Estado busca arrecadar uma parcela do proveito alcançado pela empresa prestadora do serviço ao valer-se de metodologia mais eficiente no desempenho da atividade e da álea ordinariamente presente nessa atividade.

## 5 REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

### 5.1 Tributo ou tarifa

A remuneração dos serviços públicos pode dar-se mediante tributo, da espécie taxa, ou mediante tarifas.

As taxas são a forma de remuneração de serviços públicos de uso compulsório. Não se pode dizer que oneram o serviço porque são na verdade o preço destes. São quantias pagas pelo usuário ao prestador do serviço, que devem corresponder tão aproximadamente quanto possível ao custo dos serviços.

Como já explicado em item anterior deste estudo, as taxas constituem a remuneração por serviços específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à disposição deste, e não se pode dizer – repita-se – que oneram o custo dos serviços públicos porque na verdade constituem a remuneração paga pelo usuário – efetivo ou potencial.

Já as tarifas são a remuneração paga pelos usuários de serviços públicos prestados por empresas privadas que agem na condição de delegadas do Poder Público. E estas, sim, têm sido indevidamente oneradas pela cobrança de impostos. Pondo em prática o princípio da máxima arrecadação, e o princípio da comodidade arrecadatória, os poderes públicos valem-se de sua soberania para extorquir os particulares, que não podem prescindir dos serviços públicos, exatamente porque eles são necessários ao atendimento de necessidades essenciais, e portanto são forçados a se submeterem ao ônus tributário.

## 5.2 Tarifa de energia elétrica

A tarifa de energia elétrica é um dos exemplos mais eloqüentes de como o Poder Público se vale de sua soberania para por em prática aqueles dois princípios extremamente perversos, a saber, o princípio da máxima arrecadação e o princípio da comodidade arrecadatória, aos quais emprestam a máxima efetividade, mesmo em prejuízo de importantes princípios constitucionais.

Realmente, a Constituição diz que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.<sup>19</sup> Isto quer dizer que as alíquotas do ICMS poderão ser diferentes, sendo menores quando o imposto incida sobre mercadorias, ou sobre serviços essenciais. E maiores, quanto o imposto incida sobre mercadorias ou serviços não essenciais. Como assevera, com razão, Hugo de Brito Machado Segundo, a seletividade é facultativa, mas o critério da seletividade é impositivo. Em suas palavras:

Na verdade, o ICMS *podrá* ser seletivo. Se o for, porém, essa seletividade deverá ocorrer de acordo com a essencialidade das mercadorias e serviços, e não de acordo com critérios outros, principalmente se inteiramente contrário ao preconizado pela Carta Magna.

Em outros termos, a Constituição facultou aos Estados a criação de um imposto proporcional, que representaria ônus de percentual idêntico para todos os produtos e serviços por ele alcançados, ou

a criação desse mesmo imposto com caráter seletivo, opção que, se adotada, deverá guiar-se obrigatoriamente pela essencialidade dos produtos e serviços tributados. A seletividade é facultativa. O critério da seletividade é obrigatório.<sup>20</sup>

Ocorre que os governos estaduais puseram em prática os dois princípios mais importantes para os governantes de todo o Mundo, vale dizer, o princípio da máxima arrecadação e o princípio da comodidade arrecadatória, e assim inverteram o critério da seletividade do ICMS, que tem alíquota mais elevada para a energia elétrica do que para as mercadorias e serviços em geral.

Aliás, a demonstrar a absoluta incoerência com que agem os governos estaduais nesse particular basta que se veja o que ocorreu com fundamento na Emenda Constitucional que criou o Fundo Nacional de Combate e Erradicação da Pobreza<sup>21</sup>. Autorizados a criar “adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, sobre os produtos e serviços supérfluos,” os Estados elevaram a alíquota do ICMS sobre produtos como a gasolina e a energia elétrica, pondo em prática mais uma vez os princípios da máxima arrecadação e da comodidade arrecadatória.

### 5.3 Conseqüência da natureza tributária da remuneração do serviço

É curioso observarmos que da definição da natureza tributária da remuneração do serviço público pode decorrer a imunidade. Uma vez admitido que o valor cobrado como contraprestação de um serviço público tem a natureza jurídica de *taxa* tem-se como conseqüência automática a não incidência de tributos, seja sobre a receita (COFINS e etc.) seja sobre o lucro decorrente.

Neste sentido veja-se o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região no Mandado de Segurança impetrado pela SEMASA – SERVIÇO MUNICIPAL DE ÁGUA, SANEAMENTO BÁSICO E INFRA-ESTRUTURA (de Santa Catarina), com a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO – IMUNIDADE RECÍPROCA – EXCLUSÃO – ART. 150, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

As pessoas jurídicas de direito público interno que cobram, pelos serviços prestados, tarifa aos usuários, estão expressamente excluídas da imunidade do inc. VI, do art. 150 da Constituição Federal, nos termos do seu § 3º. Em matéria de exclusão, suspensão e dispensa de obrigações tributárias, interpretam-se literalmente as normas de regência. (fls. 87).

A impetrante recorreu ao Superior Tribunal de Justiça. Sustentou que é uma autarquia e presta serviços públicos típicos, não se regendo por nor-

mas aplicáveis a empreendimentos privados. Assim, seja taxa ou tarifa o valor cobrado dos usuários prevalece a sua imunidade.

O STJ deu provimento ao recurso proferindo o acórdão que porta a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. AUTARQUIA. FORNECIMENTO DE ÁGUA. TAXA. IMUNIDADE.

1. São passíveis de cobrança de taxa os serviços públicos dotados de obrigatoriedade, como o fornecimento de água e esgoto, atividade inerente à função essencial do Estado de promoção da higiene e saúde.

2. Os valores percebidos por autarquia a título de taxa, decorrentes da prestação de serviços públicos vinculado à sua atividade essencial, são imunes à incidência do imposto de renda.

3. Recurso ordinário provido. <sup>22</sup>

Como se vê, o Superior Tribunal de Justiça adotou a tese segundo a qual a definição da remuneração do serviço público como tributo tem como consequência o reconhecimento da imunidade.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal já afirmou a imunidade tributária da Empresa dos Correios e Telégrafos, por considerar que a mesma presta um serviço público essencial, independentemente da natureza da remuneração cobrada dos usuários. Tal entendimento, todavia, não nos parece aceitável porque implica admitir que o Poder Público cobre tarifas pela prestação de serviços públicos essenciais sem submeter-se às limitações constitucionais ao poder de tributar, entre as quais se destaca o princípio da legalidade.

## 6 TRIBUTAÇÃO DAS OBRAS PÚBLICAS

### 6.1 Distinção entre obra e serviço

Sabemos todos que enquanto a taxa está ligada à idéia de serviço público, a contribuição de melhoria liga-se à idéia de obra pública. Assim, ao estudarmos a diferença entre taxa e contribuição de melhoria, afirmamos:

Resta, pois, a distinção entre obra e serviço, que tentaremos estabelecer, do modo o mais simples possível, dizendo apenas que (a) na obra pública há o desempenho de atividade estatal que termina quanto fica pronto o bem público correspondente; (b) no serviço público, pelo contrário, a atividade é permanente, não termina, pois se deixa de ser exercitada o serviço deixará de

existir. A construção de uma avenida, por exemplo, é uma obra pública; já a limpeza e conservação desta constituem serviço público.<sup>23</sup>

Realmente, a obra pública tem por objetivo a produção de um bem público e este é que se destina a atender a necessidade pública. Enquanto atividade a obra não atende necessidade pública e às vezes até prejudica o interesse do público, causando-lhe alguns transtornos. Cessada a atividade, vale dizer, concluída a obra, o bem público da mesma resultante, este sim, é que atende as necessidades públicas. Já o serviço público atende as necessidades públicas enquanto atividade.

Tal diferença entre obra e serviço, todavia, não tem sido respeitada na tributação.

## 6.2 Cobrança do ISS sobre obras públicas

Realmente, a lista dos serviços de qualquer natureza, tributáveis pelos municípios, inclui expressamente atividades que a rigor não constituem serviços, mas obras públicas. A Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, aliás, cuidando da incidência do ISS refere-se mais de uma vez, expressamente, a obra pública. Assim, diz que o imposto é devido no local do estabelecimento prestador, e ressalva que o imposto será devido no local da execução da obra, no caso dos serviços descritos nos itens da lista, que indica. Nesses itens estariam descritos serviços, ou obras?

No item 7.02 da referida lista, por exemplo, está indicada como serviço tributável “execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes”.

O imposto é sobre *serviço* de qualquer natureza, mas incide também sobre *obras* públicas. Ignora-se a distinção e se distorce inteiramente a função do tributo, que no caso funciona como simples instrumento de transposição de recursos financeiros de um para outros segmentos do próprio Estado. Em vez de ser utilizado como um instrumento de transposição de recursos do setor privado para o setor público, o tributo, nesse caso, é um instrumento de transferência de recursos da entidade pública realizadora da obra, para os cofres do Município arrecadador do ISS. Pode ocorrer até um simples passeio de recursos financeiros que saem dos cofres de um Município sob a forma de pagamento da obra contratada e e retornam aos mesmos cofres municipais sob a forma de ISS.

## 6.3 Imunidade tributária de obras e serviços públicos

Por tudo isto é que sustentamos, como medida de coerência e de racionalização de nosso sistema tributário e de finanças públicas a imunidade objetiva das obras e dos serviços públicos.

Nessa, embora ainda timidamente, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, sendo exemplo dessa orientação jurisprudencial o acórdão no qual afirmou a não incidência do ISS no contrato de franquia. Merecem transcrição os trechos da ementa respectiva, onde se lê:

5. O conceito constitucional de serviço tributável somente abrange: 'a) as obrigações de fazer e nenhuma outra; b) os serviços submetidos ao regime de direito privado não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune a imposto, conforme o art. 150, VI, a, da Constituição); c) que revelam conteúdo econômico, realizados em caráter negocial – o que afasta, desde logo, aqueles prestados a si mesmo, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo, etc.); d) prestados sem relação de emprego – como definida pela legislação própria – excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício) por não estar in comércio'. (Aires Fernandino Barreto, ISS – Não incidência sobre Franquia”, in Rev. Direito Tributário, Malheiros Editores, v. 64, p. 216/221).

6. O contrato de franquia é de natureza híbrida, em face de ser formado por vários elementos circunstanciais, pelo que não caracteriza para o mundo jurídico uma simples prestação de serviço, não incidindo sobre ele o ISS. Por não ser serviço, não consta de modo identificado, no rol das atividades especificadas pela Lei n. 8.955/94, para fins de tributação do ISS.<sup>24</sup>

Na verdade, para sermos coerentes, temos de entender que todo e qualquer serviço prestado ao Estado, vale dizer, toda e qualquer atividade que deva ser custeada pelo Estado, é imune, goza de plena imunidade tributária, pois não se justifica tributar alguém que presta serviço ao Estado, mesmo que seja na construção de uma obra pública, pague tributo cujo valor é incluído no custo da atividade, a final suportado pelo Estado.

A tributação de serviços prestados ao Estado significa simples complicação dos controles orçamentários, que contribui para a distorção dos valores expressos no orçamento. Eleva o custo das obras e eleva a arrecadação no montante necessário ao pagamento da elevação do custo. E mesmo quando se trate, como acontece com a tributação de obras públicas pelos municípios, a transposição de recursos de uma para outra entidade pública integrantes do Estado brasileiro, sem nenhum proveito efetivo para a comunidade.

## 6.4 Regulação e tributação

Com certeza se o Estado tem condições de exercer eficazmente a atividade de regulação das atividades de prestação de serviços públicos, e a exerce, não tem porque tributar essas atividades, embora possa e deva tributar a renda que das mesmas resulta.

Em excelente estudo a respeito da regulação dos serviços públicos, embora não se refira expressamente à questão da tributação, Vitor Schirato nos oferece importantes subsídios para demonstrarmos que esta é inteiramente inadequada, representando mesmo uma distorção do conceito de serviço público. Diz ele, entre outras coisas importantes, que:

No Brasil, é bastante rara a concessão de subsídios na prestação de serviços concedidos ou permitidos, sendo, inclusive, expressamente vedada em determinados casos. Isso ocorre, pois, na grande maioria dos casos das privatizações das empresas estatais prestadoras de serviços públicos ou das concessões de serviços públicos, o objetivo fundamental da Administração não foi outro que não o de arrecadar fundos para a cobertura de déficits orçamentários, o que configura total distorção das finalidade e da função do instituto da concessão de serviços públicos.<sup>25</sup>

A nosso ver, essa distorção tem sido ainda muito maior com a tributação dos serviços públicos, que eleva o valor das tarifas correspondentes, e com a tributação de obras públicas, que eleva o preço destas, pago pelo Estado às empresas, que a rigor deveriam ser tributadas exclusivamente em razão de seus lucros.

## 7 SERVIÇO PÚBLICO E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

### 7.1 Utilização de serviços públicos como indicador de capacidade contributiva

Para Maffezzoni a capacidade contributiva deve ser determinada não apenas pela capacidade econômica mas também pelo fato indicativo do gozo de vantagens decorrentes dos serviços públicos. Sustenta ele que a capacidade contributiva não pode ser identificada na pura e simples capacidade econômica do sujeito passivo da tributação. Para ele é problemática a determinação da capacidade econômica, tanto porque é impreciso o conceito de renda, como porque a capacidade econômica não pode ser dimensionada apenas pela renda, seja qual for a noção desta que se tenha adotado. A capacidade contributiva, no seu entender, há de envolver fato indicativo do gozo de vantagens decorrentes dos serviços públicos.<sup>26</sup>

A tese de Maffezzoni, todavia, parece pressupor a gratuidade dos serviços públicos. Na verdade, portanto, não pode ser invocada em relação aos serviços públicos pelos quais o usuário para a correspondente remuneração.

Por outro lado os serviços públicos, especialmente os gratuitos, destinam-se especialmente aos menos dotados de capacidade econômica. Logo, não é razoável admitir-se que a utilização dos mesmos possa ser tomada como indicador de capacidade contributiva.

## 7.2 Serviços públicos e redistribuição da riqueza

Preferimos considerar que o melhor indicador da capacidade contributiva, se não a simples capacidade econômica, é esta somada ao dever de solidariedade que há de ser identificado pela forma de utilização da riqueza em relação às necessidades coletivas.

Com efeito, buscando justificar os incentivos fiscais, ou mais exatamente, isenções de tributos, em face do art. 53 da Constituição da República Italiana, Moschetti formula uma distinção entre capacidade contributiva e capacidade econômica. Para ele, a capacidade econômica é apenas uma condição necessária para a existência de capacidade contributiva, posto que esta é a capacidade econômica qualificada por um dever de solidariedade, quer dizer, por um dever orientado e caracterizado por um prevalecente interesse coletivo, não se podendo considerar a riqueza do indivíduo separadamente das exigências coletivas. Assim, se, por exemplo, em face de uma exigência do desenvolvimento econômico conforme as normas e princípios da Constituição, uma determinada fonte patrimonial não deve ser gravada em determinada região durante um certo período, falta a ela o elemento qualificante da capacidade contributiva: a aptidão para realizar o interesse público. Mais ainda, precisamente para realizar tal interesse, essa fonte não pode ser considerada manifestação de capacidade contributiva.<sup>27</sup>

Em outras palavras, tem-se que a capacidade contributiva é consubstanciada pela capacidade econômica qualificada pela aplicação da riqueza de forma diversa daquela que realiza o interesse público.

Assim, se uma pessoa dotada de considerável riqueza utiliza intensamente um serviço público, pagando a remuneração correspondente, que cobre todos os custos da prestação deste e assim contribui para que o Estado o preste gratuitamente, ou mediante remuneração menor, a quem não tem capacidade econômica, estará alcançada a finalidade do serviço público que é, em última análise, a redistribuição eqüitativa da riqueza.

Não se justifica, assim, a incidência de impostos sobre os serviços públicos, que devem ser prestados pelo menor custo possível aos que por ele podem pagar, e gratuitamente aos não dotados de capacidade econômica. Assim ele terá, como deve ter, a qualidade de instrumento de redistribuição da riqueza para a realização da justiça social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAFFEZZONI, Federico. *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*. Turim: UTET, 1970.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A tributação da energia elétrica e a seletividade do ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 62, nov. 2000.

MOREIRA, Cristina Lino. *Tributabilidade do serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MOSCHETTI, Francesco. *El principio de capacidad contributiva*. Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

SCHIRATO, Vitor Rhein Schein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 30, mar./abr. 2005.

---

<sup>1</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 10.

<sup>2</sup>, p. 602-603.

<sup>3</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein Schein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 30, mar./abr. 2005, p. 81.

<sup>4</sup> SCHIRATO, 2005, *loc. cit.*

<sup>5</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 314.

<sup>6</sup> SCHIRATO, *op. cit.*, p. 81-82.. É nosso o destaque em negrito, das expressões: *obrigação de prestar, obrigava-se a prestar, e seus deveres frente à prestação*.

<sup>7</sup> SCHIRATO, *op. cit.*, p. 80.

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 605.

<sup>9</sup> STF, Plenário, RE 188.391-0/SP, rel. Ministro Ilmar Galvão, julgado em 15/06/2000, DJU de 1º/06/2001, pág. 89. Íntegra na RDDT n. 71, agosto de 2001, p. 208-210.

<sup>10</sup> STF, 2ª Turma, Embargos de Declaração no RE 256.588-1, rel. Ministro Carlos Velloso, julgado em 09/10/2001, DJU 1 de 09/11/2001. Íntegra na RDDT n. 76, p. 183-184.

<sup>11</sup> STF, Plenário, RE 232.393-1/SP, rel. Ministro Carlos Velloso, julgado em 12/08/99, DJU 1 de 05/04/2002, pág. 55 e RDDT nº 81, págs. 239/240. Íntegra na RDDT n. 83, p. 195-201.

<sup>12</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.

<sup>13</sup> Código Tributário Nacional, art. 16.

<sup>14</sup> MOREIRA, Cristina Lino. *Tributabilidade do serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 81.

- <sup>15</sup> MOREIRA, *op. cit.*, p. 64.
- <sup>16</sup> Lei n. 9.472, 16 de julho de 1997, art. 108, § 3º.
- <sup>17</sup> Lei n. 9.472, 16 de julho de 1997, art. 108, § 4º.
- <sup>18</sup> FREITAS, *op. cit.*, p. 336.
- <sup>19</sup> Constituição Federal de 1988, art. 155, § 2º, inciso III.
- <sup>20</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A tributação da energia elétrica e a seletividade do ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 62, nov. 2000, p. 72.
- <sup>21</sup> Emenda Constitucional n. 31, de 14 de dezembro de 2000.
- <sup>22</sup> Recurso em Mandado de Segurança nº 18.411-SC.
- <sup>23</sup> MACHADO, *op. cit.*, p. 438.
- <sup>24</sup> STJ, 1ª Turma, AgRg no Agravo de Instrumento nº 581.593 – MG (2004/0007503-4), rel. Min. José Delgado, DJU 1 de 03.11.2004, pág. 143, e RDDT nº 112, janeiro de 2005, pág. 170.
- <sup>25</sup> SCHIRATO, *op. cit.*, p. 77 *et seq.*
- <sup>26</sup> MAFFEZZONI, Federico. *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*. Turim: UTET, 1970, p. 28-34, *passim*.
- <sup>27</sup> MOSCHETTI, Francesco. *El principio de capacidad contributiva*. Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 1980, p. 279.

## PUBLIC SERVICES AND TAXATION

### ABSTRACT

In this paper, the author examines the issue of taxation upon public services according to Brazilian law, which requires the analysis of the concept and essential elements of public services, kinds of rates paid for those services, the way the service is rendered, the institutions offering the services and the juridical ruling referring to them. Afterwards, the author assesses the power of charging taxes as an aspect of State sovereignty and the purposes and kinds of taxes, in order to understand the concept of “concealed tax” and the idea of “grant value”. Subsequently, the author outlines patterns of public services and the tax immunity of public institutions, as well as the reason of the aforementioned immunity and its limits. Comments are made on the ways public services are paid. Finally, the article deals with the issue of the taxation of public works, mainly concerning the tax charged upon services in general, the tax immunity concerning such work and the regulation in this sector.

**KEYWORDS:** Public services. Specificity. Divisibility. Rates. Taxes. Immunity. Payment. Public Works.

## SERVICE PUBLIQUE ET FISCALITÉ

### RÉSUMÉ

Dans la présente étude, il s'agit de traiter la question de l'imposition des impôts sur les services publics dans l'ordre juridique brésilien. Cela exige, d'abord, l'analyse du concept et des éléments essentiels du service public, des modalités de tarifs, de la prestation et du responsable de ces services et, finalement, de son régime juridique. Ensuite, il demande l'analyse du pouvoir d'imposition en tant qu'aspect de la souveraineté étatique, l'examen des finalités et des espèces d'impôts, ainsi que le concept d'impôts occultés et à l'idée de valeur de l'attribution. Ultérieurement, cet article trace des paramètres des services publics et de l'immunité tributaire des entités publiques, ainsi que de la raison d'être de cette l'immunité et de ses limites. L'auteur fait aussi des commentaires sur les formes de paiement des services publics, si par voie des taux ou des tarifs. Finalement, il s'agit de préciser les conditions d'imposition sur des travaux publics - notamment sur l'imposition de l' « impôt sur les services » (ISS) sur ces travaux-, l'immunité tributaire de ces travaux, ainsi que la régulation et l'imposition incidente sur ce secteur.

**MOTS-CLÉS:** Services Publics. Spécificité. Divisibilité. Tarif. Impôts. Immunité. Paiement. Travaux publics.

# PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Ivo César Barreto de Carvalho\*

## RESUMO

O presente artigo trata do planejamento tributário, no intuito de traçar sua noção geral, conceito, natureza jurídica, finalidade, operacionalização e procedimento, enfocando para tanto estes parâmetros no âmbito dos princípios constitucionais pátrios.

**PALAVRAS-CHAVE:** Planejamento tributário. Elisão fiscal. Economia fiscal. Princípio da legalidade. Propriedade privada. Não-confisco.

Inicialmente, releva traçarmos uma noção de planejamento tributário. Quais são o seu conceito, a sua natureza jurídica, a sua finalidade, a sua operacionalização e o seu procedimento?

O planejamento tributário é a atividade desenvolvida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, de forma estritamente preventiva e transparente, a fim de alcançar licitamente a economia tributária.

A Professora Maria de Fátima Ribeiro conceitua planejamento tributário da seguinte forma:

[...] é a técnica de organização preventiva de negócios, visando a uma legítima economia de tributos, independentemente de qualquer referência aos atos posteriormente praticados. Esta economia de tributos pode ser total ou parcial, reduzindo-se a carga tributária incidente sobre os negócios jurídicos celebrados ou diferindo-a no espaço durante o ciclo operacional.<sup>1</sup>

Outro conceito importante de planejamento tributário, para elucidação dos estudos ora desenvolvidos, é trazido por Lúudio Camargo Fabretti, a saber:

O planejamento tributário se define como a atividade preventiva que estuda “a priori” os atos e negócios jurídicos que o agente econômico (empresa, instituição financeira, cooperativa, associação etc.) pretende realizar. Sua finalidade é obter a maior economia fiscal possível, reduzindo a carga tributária para o valor *realmente devido* por lei.<sup>2</sup> (destaque no original)

---

\* Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP. Advogado licenciado junto à OAB-CE. Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Nota-se, assim, numa primeira análise, que a natureza jurídica do planejamento tributário é de prevenção. É um procedimento estritamente preventivo, sendo, portanto, essencial a identificação do período em que foi implementado. A dimensão temporal assume um fator muito importante na análise do instituto do planejamento tributário. Assim, este deve ser realizado antes da ocorrência do fato jurídico tributário, pois apenas nesse período é possível escolher, entre as opções legais disponíveis, a menos onerosa.

A transparência do procedimento também é uma característica fundamental no planejamento tributário, o que o distingue da fraude tributária. Ambas tendem a reduzir, retardar ou impedir a ocorrência do fato jurídico tributário, sendo que a fraude ocorre por ação ou omissão ilícita (dolosa), enquanto o planejamento tributário ocorre de forma lícita e transparente.

O procedimento adotado decorrerá de avaliações feitas no âmbito do ordenamento jurídico, ou seja, analisando-se as opções legais dos caminhos a serem tomados, no intuito de evitar o procedimento mais oneroso do ponto de vista fiscal. Portanto, a tarefa do responsável pelo planejamento tributário – por parte de um contador ou de um advogado tributarista – de uma pessoa física ou de uma pessoa jurídica é prever uma situação de fato que, caso ocorresse, acarretaria uma consequência jurídica mais onerosa, ou seja, faria nascer uma obrigação tributária perfeitamente evitável.

Segundo Gilberto Luiz do Amaral, a operacionalização da elisão fiscal ou planejamento tributário pode se dar da seguinte forma:

- a) No âmbito da própria empresa, através de medidas gerenciais que possibilitem a não ocorrência do fato gerador do tributo, que diminua o montante devido ou que adie o seu vencimento. Ex: para possibilitar o adiamento do tributo na prestação de serviços, o contrato deve estabelecer o momento da realização da receita;
- b) No âmbito da esfera administrativa que arrecada o tributo, buscando a utilização dos meios previstos em lei que lhe garantam uma diminuição legal do ônus tributário. Ex: para possibilitar o enquadramento de um produto numa alíquota menor de IPI, deve a empresa adequá-lo tecnicamente e requerer a nova classificação junto à Receita Federal;
- c) No âmbito do Poder Judiciário, através da adoção de medidas judiciais, com o fim de suspender o pagamento (adiamento), diminuição da base de cálculo ou alíquota e contestação quanto à legalidade da cobrança. Ex: como a ânsia do poder público em arrecadar é enorme e urgente, nem sempre o legislador toma as cautelas devidas, instituindo ou majorando exações inconstitucionais e ilegais. Outro fator favorável é relativo à quantidade de normas tributárias, ocorrendo, muitas vezes contradição entre elas. Como no Direito Tributário vige o princípio da dúvida em favor do contribuinte, compete a ele, então, descobrir estas contradições.<sup>3</sup>

Nota-se, portanto, que a economia legal de tributos pode ser operacionalizada nas três esferas: administrativa, judiciária e da própria empresa.

Para João Eloi Olenike, três são as finalidades do planejamento tributário:

- a) evitar a incidência do tributo: tomam-se providências com o fim de evitar a ocorrência do fato gerador do tributo. Ex: no caso da tomada de empréstimos do exterior, se o prazo médio for de até 90 dias a alíquota do IOF é de 5%, se o prazo for superior a 90 dias o IOF será zero;
- b) reduzir o montante do tributo: as providências são no sentido de reduzir alíquota ou a base de cálculo do tributo. Ex: Empresa comercial estabelecida no Paraná, em que a maior parte das suas vendas são estaduais (alíquota de 17% de ICMS), pode transferir sua sede para um Estado vizinho e então fazer operações interestaduais de ICMS, em que a alíquota é 12%;
- c) retardar o pagamento do tributo: o contribuinte adota medidas que têm por fim postergar (adiar) o pagamento do tributo, sem a ocorrência de multa. Ex: nos contratos de prestação de serviços, as partes podem estabelecer várias formas pelas quais será realizada a prestação dos serviços e diversos critérios para a exigência do pagamento do preço. Assim, é o contrato que definirá o momento da realização do serviço e da conseqüente realização da receita. Portanto, pode ser acordado que a realização da receita se dê no exercício ou período-base posterior, desde que baseados em critérios técnicos.<sup>4</sup>

Dentre as diversas classificações feitas pela doutrina do planejamento tributário, alguns dos critérios trazidos por Pablo Andrez Pinheiro Gubert são bastante interessantes, merecendo destaque:

De acordo com a *conduta* do agente, pode ser: *comissivo*, com a utilização de expedientes técnico-funcionais, e.g. a triangulação no ICMS; ou *omissivo*, pela simples não realização da conduta descrita na norma, e.g. não comprar a mercadoria.

Pelo critério das *áreas de atuação*, pode ser: *administrativo*, através de intervenções diretamente no sujeito ativo, e.g., a consulta fiscal; *judicial*, através do pleito de tutela jurisdicional, como em ação declaratória de inexistência de débito fiscal; ou *interno*, os atos realizados dentro da própria empresa, como o comitê de planejamento tributário.

Considerando o *objetivo*, pode ser: *anulatório*, empregando-se estruturas e formas jurídicas a fim de impedir a concretização da hipótese de incidência da norma; *reduutivo*, utilizando-se formas e estruturas que concretizem hipótese de incidência menos onerosa, como na norma de cobertura ou na isenção parcial; e *postergativo*, visando ao deslocamento da ocorrência do fato

gerador ou procrastinação do lançamento ou pagamento do imposto, e.g. denúncia espontânea.

Do prisma dos expedientes utilizados, o planejamento pode ser:

- *Indireto*: interpor outra relação jurídica entre o negócio objetivado; e.g.: o negócio jurídico indireto.
- *Omissivo*: ou evasão imprópria, a simples abstinência da realização da hipótese de incidência, e.g.: importação proibitiva de mercadorias de altas alíquotas, como carros importados;
- *Induzido*: quando a própria lei favorece (por razões extrafiscais) a escolha de uma forma de tributação, através de incentivos fiscais e isenções, e.g.: a compra de mercadorias importadas através da Zona Franca de Manaus;
- *Optativo*: elegendo-se melhor fórmula elisiva entre as opções dadas pelo legislador, e.g.: opção entre a tributação do IR pelo lucro real ou presumido;
- *Interpretativo*: ou lacunar, em que o agente utiliza-se das lacunas e imprevisões do legislador, e.g.: não incidência do ISS sobre transportes intermunicipais; ou,
- *Metamórfico*: ou transformativo, forma atípica que utiliza-se da transformação ou mudança dos caracteres do negócio jurídico a fim de alterar o tributo incidente ou aproveitar-se de um benefício legal, e.g.: transformação da sociedade comercial em cooperativa (menor ônus tributário no regime jurídico pátrio).<sup>5</sup>

O planejamento tributário tem fundamento constitucional no enunciado do “preâmbulo” da Carta da República de 1988, que, ao instituir um Estado Democrático, destinou-se a assegurar, entre outros, a liberdade, a segurança e o desenvolvimento. Ademais, o planejamento tributário é permitido constitucionalmente, mediante outras garantias elencadas na Constituição Federal, basicamente no princípio da legalidade geral (art. 5º, II) e da legalidade tributária estrita (art. 150, I).

Um particular que celebra um negócio jurídico de forma que não seja tributado ou que seja tributado de maneira menos onerosa não pratica qualquer ilícito. Atua dentro do campo da licitude, pois escolhe, dentre vários caminhos, aquele que lhe é menos custoso. Trata-se apenas de um planejamento tributário feito licitamente, no intuito de reduzir os custos daquele particular, seja pessoa física ou jurídica. Ninguém é obrigado a administrar seu negócio com o objetivo de proporcionar ao Governo a maior soma possível de impostos.

Acerca do polêmico tema, Rutnéa Navarro Guerreiro assim expressou seu entendimento:

No que diz respeito ao planejamento tributário, é quase indispensável reafirmar ser esta uma atividade lícita que busca

identificar, com a indispensável antecedência, a alternativa legal menos onerosa para alcançar um determinado objetivo negocial ou patrimonial. Tal atividade é possível, principalmente, como decorrência da adoção, pelo legislador tributário brasileiro, dos princípios tributários chamados de estrita reserva legal e de tipificação cerrada da hipótese de incidência que, materializada, caracteriza o fato gerador da obrigação tributária. Esses princípios fazem com que a forma jurídica de implementação, por exemplo, de um negócio empresarial, se sobreponha à substância econômica desse mesmo negócio. Assim sendo, observado o caráter preventivo do planejamento tributário, é absolutamente legítima a escolha da opção menos onerosa para realização da atividade empresarial. De fato, diante da lei societária, constitui mesmo obrigação do administrador empresarial zeloso e responsável, planejar seus negócios com vistas à redução de seus custos tributários.<sup>6</sup>

É dever do bom administrador adotar medidas menos onerosas na condução de seus negócios, o que repercute inclusive na incrementação de sua produção ou melhoria na prestação de seus serviços. Tal fato apenas contribui para maior oferta de empregos, como também para um impulso na economia local, regional e nacional. A adoção de medidas fiscalmente menos onerosas é uma questão de sobrevivência das próprias empresas. A diminuição ou a ausência de empresas ocasiona a diminuição ou ausência de empregos, que acarreta na diminuição ou ausência de geração de riquezas, bem como de tributos, e estes podem acarretar a extinção do próprio Estado. A quem isso interessaria? A resposta é simples e clara: a ninguém.

Mais contundentes ainda são as lições de João Damasceno Borges de Miranda e Alexandre Marques Andrade Lemos, que consideram a elisão fiscal como prática necessária da gestão empresarial:

O exercício da atividade empresarial no contexto do sistema jurídico-tributário brasileiro – cujos equívocos, contradições e incertezas avolumam-se continuamente, restando tão-somente a certeza do tendente avanço voraz do Estado sobre as riquezas produzidas no país – reclama necessariamente atenção especial para o conjunto de normas que integram o que se define como direito-custo.

Não por outra razão é que percebemos a prática do planejamento tributário no Brasil como alternativa necessária e essencial à otimização dos resultados dos empreendimentos negociais ou, em não raros casos, como condição *sine qua non* de sobrevivência das organizações.

No setor de serviços, frente às recentes e substanciais alterações do peso da tributação de competência federal, o planejamento tributário se revela imprescindível para evitar o confisco do resultado líquido do exercício da atividade empresarial.<sup>7</sup>

É evidente que a vida empresarial dos contribuintes é pautada por esta conduta de redução de custos, obviamente dentro do campo da licitude. Conforme preleciona Lais Vieira Cardoso:

É, portanto, prática usual dos contribuintes, sujeitos passivos da relação jurídica tributária, principalmente dos empresários, planejarem os seus negócios de modo a atenderem os princípios da organização, da profissionalidade e da economicidade sem, porém, deixarem de cumprir as exigências legais.<sup>8</sup>

A questão da legalidade da opção de conduta a ser tomada pelos cidadãos é sucintamente defendida por Ives Gandra da Silva Martins e Paulo Lucena de Menezes, da seguinte forma:

Os contribuintes dispõem de liberdade para pautar as suas condutas e os seus negócios da forma menos onerosa possível, não existindo regras que lhes imponham a obrigação de, entre duas ou mais realidades semelhantes, optar por aquela que implica o maior recolhimento de tributos.<sup>9</sup>

O planejamento tributário, principalmente das empresas, é perfeitamente lícito, pois consiste em indicar o caminho menos oneroso ao administrador de uma empresa. Não se está, mediante tal prática, induzindo o particular ou a empresa a uma simulação tendente à sonegação de tributos (evasão fiscal), mas tão-somente a diminuir, postergar ou evitar a incidência tributária (elisão fiscal). Sonegar tributos é crime, mas fazer um planejamento tributário não configura nenhum tipo penal, portanto é ato lícito praticado pela empresa.

A prática de atos ou negócios jurídicos com a finalidade de economizar tributos não pode ser tida como ilícita. O Poder Público não pode tolher um caminho validamente escolhido por uma pessoa, seja física ou jurídica, em que esta optou por não adentrar as situações legalmente definidas em lei como hipóteses de incidência de um determinado tributo. Existe, sim, a possibilidade válida de se evitar tornar-se devedor da Fazenda Pública, e mesmo assim praticar atos ou negócios jurídicos que não constituam fatos jurídicos tributáveis.

No que tange ao tema economia de imposto, assim preconiza o professor Ruy Barbosa Nogueira:

É preciso não confundir com infração a hipótese conhecida como de economia de imposto ou impropriamente de evasão legal (que os norte-americanos chamam de *tax planning* e os alemães de *Steuereinsparung*, em que o contribuinte escolhe legalmente as situações menos onerosas).

Não é pelo fato de se encontrarem, às vezes, dois contribuintes exercendo atividades semelhantes e pagando, um, menor imposto

que o outro, que fatalmente haverá infração por parte do que paga menos.

Às vezes pode estar errado o que vem pagando mais em consequência de má organização, de errôneas classificações ou pela falta de se enquadrar em vantagens fiscais, isenções ou mesmo incentivos fiscais.

Uma empresa pode ser organizada de forma a evitar excessos de operações tributadas e conseqüentemente diminuir a ocorrência de fatos geradores para ela e perante a lei desnecessários, como poderá procurar funcionar por modalidades legais menos tributadas.

Fica ao contribuinte a faculdade de escolha ou de planejamento fiscal.

Se é exato que o fisco tem direito de exigir os tributos, entretanto, ele somente pode exigí-los dentro dos limites legais traçados. A lei tributária, mesmo quando entra em relação com as leis do Direito Privado, não vai a ponto de dispor ou interferir no direito substantivo privado, nas relações entre particulares, posto que a lei tributária disciplina outro tipo de relação, a relação entre fisco e contribuinte.

Daí, desde que o contribuinte tenha estruturado os seus empreendimentos, as suas relações privadas, mediante as formas normais, legítimas do Direito Privado e com essa estruturação incida em menor tributação, ele estará apenas se utilizando de faculdades asseguradas pela ordem jurídica. O fisco não pode influir na estruturação jurídico-privada dos negócios do contribuinte para provocar ou exigir maior tributação.<sup>10</sup>

Ademais, o direito à economia fiscal tem fundamento constitucional, derivado do direito individual à propriedade privada (art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988), devendo este ser entendido conjuntamente com o direito contra o confisco (art. 150, inciso IV, da Lei Magna).

Hermes Marcelo Huck, porém, entende de forma diferente a questão do âmbito de aplicação do planejamento tributário, devendo este ficar limitado aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária, *in verbis*:

Nada deve impedir o indivíduo de, dentro dos limites da lei, planejar adequadamente seus negócios, ordenando-os de forma a pagar menos impostos. Não lhe proíbe a lei, nem tampouco se lhe opõem razões de ordem social ou patriótica. Entretanto, essa fórmula de liberdade não pode ser levada ao paroxismo, permitindo-se a simulação ou o abuso de direito. A elisão abusiva deve ser coibida, pois o uso de formas jurídicas com a única finalidade de fugir ao imposto ofende a um sistema criado sobre as bases constitucionais da capacidade contributiva e da isonomia

tributária. [...] uma relação jurídica sem qualquer objetivo econômico, cuja única finalidade seja de natureza tributária, não pode ser considerada como comportamento lícito. Seria fechar os olhos à realidade e desconsiderar a presença do fato econômico da racionalidade da norma tributária. Uma interpretação jurídica atenta à realidade econômica subjacente ao fato ou negócio jurídico, para efeitos de tributação, é a resposta justa, eqüitativa e pragmática. Nesse ponto, é da maior utilidade a análise do *business purpose test* do direito norte-americano, que aceita como lícita a economia fiscal quando decorrente de uma formulação jurídica que, além da economia de imposto, tenha um objetivo negocial explícito. [...] Países definitivamente comprometidos com as liberdades individuais, como os Estados Unidos e a França, não toleram a elisão abusiva, reprimindo-a severamente. Espanha e a Alemanha editaram normas genéricas, que autorizam ao Estado desconsiderar a forma jurídica para ir buscar o objetivo econômico do ato ou negócio e, se for o caso, sujeitá-lo à tributação. Nem abuso de direito pelo contribuinte nem abuso de poder pelo Fisco é a resposta moderna que oferece o direito comparado.<sup>11</sup>

Neste ponto, acompanhamos as lições de Rubens Gomes de Souza a respeito do planejamento tributário, da evasão e elisão fiscais. O jurista propôs uma premissa inquestionável para distinguir a economia lícita do tributo da evasão fiscal, afirmando que, para se aclarar de uma vez por todas as dúvidas, basta indagar se os atos ou negócios praticados *evitaram* a ocorrência do fato gerador ou *ocultaram* o fato gerador ocorrido. No primeiro caso, teríamos a figura da economia fiscal (lícita); no segundo caso, estaria a evasão fiscal (ilícita).

Outro ponto de vista interessante a respeito do planejamento tributário é trazido pelo professor Roberto Wagner Lima Nogueira, ao traçar os limites do instituto na ética fiscal:

Insistimos que há no direito tributário duas éticas: uma *ética fiscal privada* e outra *ética fiscal pública*. A *ética privada* é uma ética de condutas que norteia o cidadão-contribuinte que tem o dever fundamental de pagar tributos segundo a sua capacidade contributiva. Ao cidadão-contribuinte não é ético contribuir a menos para o montante da riqueza social, em proporção ao que suas faculdades lhe permitiam pagar, o que não deixa de ser uma exigência aristotélica na teoria da justiça tributária contemporânea. Portanto, não pode o contribuinte valer-se do planejamento tributário para efetuar pagamento de tributo a quem de sua capacidade contributiva.

Já a *ética fiscal pública* é informada por quatro valores superiores, a saber, a *liberdade*, que consiste na aceitação da opção fiscal a ser adotada pelo contribuinte, desde que respeitada a sua

capacidade contributiva; a *igualdade*, no sentido de que todos que estiverem na mesma situação haverão de sofrer a mesma tributação; a *segurança*, que pugna pela não tributação de surpresa, irracional etc.; e finalmente, a *solidariedade*, ápice de efetivação da *ética fiscal pública*. Fazer justiça tributária é dentre várias coisas, ser solidário com os carentes que têm direito subjetivo à solidariedade, é garantir aos credores desta solidariedade a oferta de *bens primários intributáveis*, porquanto os pobres, desempregados, e os assalariados não podem suportar o ônus tributário do Estado, mas, sim, hão que ser suportados pelo Estado via ética tributária da solidariedade mediante a arrecadação e distribuição de riquezas oriundas do pagamento de tributos dos cidadãos-contribuintes.<sup>12</sup>

O particular, ao procurar pagar menos tributos, atua licitamente dentro do planejamento tributário elaborado para sua empresa. Ao contrário, atua de má-fé e incide em tipo penal aquele que sonega tributos.

Bem faz essa indagação, analisando a norma tributária em comento do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, o professor Edvaldo Brito: “Afinal: pagar menos imposto é crime ou é, nas circunstâncias dos negócios jurídicos indiretos, um planejamento tributário?”<sup>13</sup>. Ora, evidentemente, não há crime algum em fazer um planejamento tributário, desde que não se verifique a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A norma geral antielisiva em comento não pode ser assim admitida, segundo entendimento de Sidney Saraiva Apocalypse:

Isto porque a se entender que o tributo é sempre devido, quer se realize, ou não, a hipótese descrita em lei como suficiente para fazer nascer a obrigação de pagar tributo, conclusão inevitável é a de que diante de duas ações possíveis (consentidas no sistema), ao cidadão resta o inexorável: pagar tributo.<sup>14</sup>

É preciso, portanto, diferenciar a obrigação *ex lege* da declaração de vontade das partes. A obrigação tributária – porque deriva da lei – somente nascerá com subsunção do fato à norma, ou seja, com a ocorrência do “fato gerador”. Antes disso, cabe ao particular escolher sua conduta, praticar ou não determinado ato de vontade, realizar ou não um negócio jurídico. Se-que esta mesma linha de raciocínio Ricardo Mariz de Oliveira:

A obrigação de pagar tributo, realmente, não deriva da vontade individual, eis que promana de comandos legais imperativos. Não obstante. A obrigação tributária somente tem a característica de ser “*ex lege*” a partir de sua existência, a qual, como já vimos, somente surge com a ocorrência do fato gerador; isto é, da situação necessária e suficiente a ela, prevista em lei. Logo, antes dessa

ocorrência não há sequer obrigação para ser qualificada como “ex lege” ou não. [...]

Por esta razão é que, após a ocorrência do fato gerador, há obrigação “ex lege” e qualquer tentativa do já contribuinte para escapar do cumprimento da obrigação é ilegal e é acoimada de evasão fiscal.<sup>15</sup>

Cabe, sim, ao particular escolher a conduta a ser por ele tomada, ou seja, se realiza um ato tributável ou não tributável. De outro modo, o particular pode preferir realizar um negócio jurídico cujo tributo nele incidente seja mais vantajoso do que se realizasse o mesmo negócio por outra forma, incidindo sobre este tributo mais oneroso. Enfim, o cidadão é livre para escolher a conduta menos onerosa, do ponto de vista fiscal.

A impossibilidade de o administrador público exigir a conduta mais onerosa pelo particular foi a fundamentação do então juiz federal Sacha Calmon Navarro Coelho, em um dado caso judicial:

[...] em Direito Tributário, tão marcado pelo princípio da legalidade, não deve o intérprete aplicador, mesmo diante de casos de elisão, superpor-se á lei. A função de reprimir a evasão em razão de lacunas é do legislador nunca do administrador.

[...] penso que as lacunas da lei, os ‘loopholes’ como dizem os americanos, só devem ser suprimidos pela lei, para o bem de todos. Ainda que alguns estejam levando vantagem é preferível manter o princípio da legalidade do que estender ao Administrador poderes que amanhã se tornariam muito difíceis de controlar, além de impor ao Judiciário como poder revisor do ato administrativo, a obrigação de estar a verificar, caso a caso, a razoabilidade fiscal dos contratos. Haveria, neste caso, grandes divérbios, pois cada juiz julgaria com seu próprio subjetivismo as situações e os interesses dos justicáveis.<sup>16</sup>

Corroborando esse entendimento, a jurisprudência administrativa também ressalta a possibilidade de o particular realizar o planejamento tributário, sem que isto caracterize uma conduta evasiva tributariamente (neste caso entendendo-a como ilícita), mas apenas um caso de elisão fiscal (entendendo-a como lícita). Neste ponto, é oportuno transcrever a ementa dos acórdãos seguintes:

Uma empresa pode ser organizada de forma a evitar excessos de operações tributadas e conseqüentemente evitar a ocorrência de fatos geradores por ela e perante a lei desnecessários, como poderia funcionar por modalidades legais menos tributadas. *Fica ao contribuinte a faculdade de escolha ou de planejamento fiscal.*<sup>17</sup>

IRPJ – Simulação na Incorporação – Para que se possa materializar é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existir impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquele que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação, não há como qualificar-se a operação simulada. *Os objetivos visados como a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado, portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao Fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita.*<sup>18</sup>

A despeito de a norma em questão se tratar ou não de uma norma antielisão, mesmo assim, caso seja aplicada pela autoridade administrativa, está ela vedando o planejamento tributário. Isto porque o agente fiscal pode entender que a aplicação de certas condutas em uma empresa, por exemplo, tendentes a pagar menos tributos ou a não pagá-los, devem ser interpretadas como uma dissimulação de negócio jurídico e, portanto, devendo ser tributadas.

Corroborar este mesmo liame de pensamento Marciano Seabra de Godoi, a respeito da postura do Estado frente à elisão e à evasão:

O planejamento ou elisão tributária não é senão uma expressão concreta de autonomia patrimonial dos indivíduos e empresas num contexto constitucional cuja ordem econômica se funda na livre iniciativa e protege a propriedade privada (art. 170 da CF). Seria totalmente inconstitucional (e até mesmo estapafúrdia) uma norma que ordenasse aos contribuintes, ao considerarem os diversos meios através dos quais podem atingir seus objetivos econômicos, que escolhessem os caminhos que rendessem mais arrecadação tributária. Contudo, isso não significa que o Estado não possa ou não deva reagir frente ao planejamento tributário, pois mesmo não configurando uma infração à legislação tributária, a elisão reflete imperfeições do sistema tributário considerado sob os cânones da igualdade e da capacidade contributiva. A primeira forma de combater a elisão tributária, a qual não encontra crítica nem mesmo nos mais arduos defensores da autonomia da vontade e da liberdade contratual, é o estabelecimento, pelo legislador, de normas pontuais voltadas a comportamentos específicos dos contribuintes. Com efeito, à medida que a elisão tributária vai sendo praticada e pouco a pouco vai se massificando entre os contribuintes, a legislação tributária geralmente é modificada para incorporar previsões específicas impedindo que aquela elisão continue a ser exercitada. Estas providências legais podem ser operadas através de hipóteses de incidência supletórias

ou suplementares às já existentes, através de presunções legais absolutas ou ficções jurídicas. [...] O segundo grupo de medidas antielisão é composto pelas chamadas 'normas gerais antielisão'. Através dessas normas, os aplicadores do direito tributário (administração tributária e juízes) têm a prerrogativa de desconsiderarem, para efeitos tributários, a forma artificiosa e distorcida pela qual o contribuinte concatena determinados atos e negócios jurídicos com a finalidade de, chegando aos mesmos resultados econômicos, obter uma vantagem fiscal. As normas gerais antielisão, apesar de sua difusão generalizada nos países mais desenvolvidos do mundo há algumas décadas, encontram críticos que as consideram desrespeitosas aos princípios da segurança jurídica, da legalidade e da tipicidade tributárias. Segundo tal corrente de pensamento, somente seria compatível com o Estado de Direito a estipulação das normas específicas antielisão, através das quais o próprio legislador colmata paulatinamente as lacunas do ordenamento tributário impositivo. As normas gerais antielisão, ao contrário, estariam reprimindo indevidamente a liberdade contratual e a autonomia patrimonial dos indivíduos e empresas, conduzindo ao arbítrio da interpretação econômica das normas tributárias e sua integração por analogia, e por conseguinte fulminando a segurança jurídica.<sup>19</sup>

Em suma, sendo o planejamento tributário a expressão mais legítima dos princípios constitucionais da legalidade geral (art. 5º, inciso II), do direito individual à propriedade privada (art. 5º, inciso XXII), da legalidade tributária estrita (art. 150, I) e do princípio que assegura o direito ao não-confisco (art. 150, inciso IV), restam claras a legalidade e a constitucionalidade de tal procedimento adotado pelas pessoas físicas e jurídicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gilberto Luiz do. *A nova ótica do planejamento tributário empresarial*. Artigo disponível em <http://www.tributarista.org.br/content/estudos/nova-otica.html>. Acesso em 31.07.2004.

APOCALYPSE, Sidney Saraiva. A regra antielisiva. Apenas uma dissimulada intenção. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Planejamento tributário e a lei complementar n. 104*. São Paulo: Dialética, 2001.

BRITO, Edvaldo. Interpretação econômica da norma tributária. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Planejamento tributário e a lei complementar n. 104*. São Paulo: Dialética, 2001.

- CARDOSO, Lais Vieira. Atos de gestão elisivos e abuso de direito. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- FABRETTI, Lúdio Camargo. *Normas antielisão*. Artigo disponível em <http://www.tributarista.org.br/content/estudos/anti-elisao.htm>. Acesso em 31.07.2004.
- GODOI, Marciano Seabra de. A figura da “fraude à lei tributária” prevista no art. 116, parágrafo único, do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 68, p.101-123, maio 2001.
- GUBERT, Pablo Andrez Pinheiro. *Planejamento tributário: análise jurídica e ética*. Artigo disponível em <http://www.tributarista.org.br/content/estudos/etica.html>. Acesso em 31.07.2004.
- GUERREIRO, Rutnéa Navarro. Planejamento tributário: os limites de licitude e de ilicitude. In ROCHA, Valdir de Oliveira. *Planejamento fiscal: teoria e prática*. São Paulo: Dialética, 1998, v. 2.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENEZES, Paulo Lucena de. Elisão fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 63, dez./2000.
- MIRANDA, João Damasceno Borges de; LEMOS, Alexandre Marques Andrade. Planejamento tributário para empresas prestadoras de serviços em face das recentes alterações legislativas. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Limites éticos e jurídicos ao planejamento tributário. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- OLENIKE, João Eloi. *Planejamento tributário e a lei complementar n. 104/2001*. Artigo disponível em <http://www.tributarista.org.br/content/estudos/lei-104-2001.html>. Acesso em 31.07.2004.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Reinterpretando a norma antievasão do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 76, 2002, p. 81-101.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. Tributação e comércio eletrônico: considerações sobre planejamento tributário. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

- <sup>1</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima. Tributação e comércio eletrônico: considerações sobre planejamento tributário. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 555.
- <sup>2</sup> FABRETTI, Lúdio Camargo. *Normas antielisão*. Artigo disponível em <http://www.tributarista.org.br/content/estudos/anti-elisao.htm>. Acesso em 31.07.2004. Grifo no original.
- <sup>3</sup> AMARAL, Gilberto Luiz do. *A nova ótica do planejamento tributário empresarial*. Artigo disponível em <http://www.tributarista.org.br/content/estudos/nova-otica.html>. Acesso em 31.07.2004. Grifos no original.
- <sup>4</sup> OLENKE, João Eloi. *Planejamento tributário e a lei complementar 104/2001*. Artigo disponível em <http://www.tributarista.org.br/content/estudos/lei-104-2001.html>. Acesso em 31.07.2004.
- <sup>5</sup> GUBERT, Pablo Andrez Pinheiro. *Planejamento tributário: análise jurídica e ética*. Artigo disponível em <http://www.tributarista.org.br/content/estudos/etica.html>. Acesso em 31.07.2004. Grifos no original.
- <sup>6</sup> GUERREIRO, Rutnéa Navarro. Planejamento tributário: os limites de licitude e de ilicitude. In ROCHA, Valdir de Oliveira. *Planejamento fiscal: teoria e prática*. São Paulo: Dialética, 1998, v. 2, p. 147.
- <sup>7</sup> MIRANDA, João Damasceno Borges de; LEMOS, Alexandre Marques Andrade. Planejamento tributário para empresas prestadoras de serviços em face das recentes alterações legislativas. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Planejamento tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 577.
- <sup>8</sup> CARDOSO, Lais Vieira. Atos de gestão elisivos e abuso de direito. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Planejamento tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 214.
- <sup>9</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENEZES, Paulo Lucena de. Elisão fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 63, dez./2000, p.159.
- <sup>10</sup> NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 200-201.
- <sup>11</sup> HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 328-331.
- <sup>12</sup> NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Limites éticos e jurídicos ao planejamento tributário. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Planejamento tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 31-32. Grifos e destaques no original.
- <sup>13</sup> BRITO, Edvaldo. Interpretação econômica da norma tributária. *Planejamento tributário e a lei complementar n° 104*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 69.
- <sup>14</sup> APOCALYPSE, Sidney Saraiva. A regra antielisiva. Apenas uma dissimulada intenção. *Planejamento Tributário e a Lei Complementar n° 104*, São Paulo: Dialética, 2001, p. 308.
- <sup>15</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Reinterpretando a norma antievasão do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 76, p. 86-87, 2002.
- <sup>16</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro *apud* APOCALYPSE, Sidney Saraiva, op. cit., p. 317.
- <sup>17</sup> Ementa do Acórdão nos Embargos Infringentes n° 313.840-SP, 7ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível-SP, publicada no *Boletim AASP*, de 28 de agosto de 1985.
- <sup>18</sup> Acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes n° 01-01.874, de 15.05.94, Processo n. 13067/000.015/89-36.
- <sup>19</sup> GODOI, Marciano Seabra de. A figura da “fraude à lei tributária” prevista no art.116, parágrafo único, do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 68, maio/2001, p. 102-103.

## TAXATION PLANNING

### ABSTRACT

This paper deals with the issue of taxation planning, aiming to outline its general idea, definition, juridical nature, purpose, accomplishment and procedures related, connecting all these features with Brazilian constitutional principles.

**KEYWORDS:** Taxation planning. Tax evasion. Economics of taxation. Legality Principle. Private property. Non-confiscation.

## PLANIFICATION FISCALE

### RÉSUMÉ

Le présent article traite de la planification fiscale. Son intention est de délimiter cette notion générale, son concept, sa nature juridique, sa finalité, son mode opératoire et procédure, en se focalisant sur ces paramètres dans le contexte des principes constitutionnels brésiliens.

**MOTS-CLÉS:** Planification fiscale. Évasion fiscale. Économie fiscale. Principe de la légalité. Propriété privée. Non- confiscation.

# DA NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL

Jeovânia Maria Cavalcante Holanda\*

1 O dever de punir no Estado Democrático de Direito. 2 Incidência do inquérito policial nos direitos individuais. 3 Análise da natureza jurídica do inquérito policial. 3.1 Ato discricionário ou vinculado? 3.2 Procedimento ou Processo? 3.3 Sigiloso? 4 Conclusão.

## RESUMO

Análise da natureza jurídica do Inquérito Policial, a partir das alterações impostas pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Lei n. 10.792/2003, aquele revogando o caráter sigiloso e esta o caráter inquisitorial, ao regulamentar a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa a partir do Inquérito Policial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Polícia Judiciária. Inquérito Policial. Natureza Jurídica.

## 1 O DEVER DE PUNIR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Num Estado Democrático de Direito o ordenamento jurídico limita poderes através da divisão de atribuições e de um sistema de tutela das liberdades. Nele, deve-se obediência às normas, e, ao cumprir o dever de punir, o Estado não pode aplicar sanções sem dar ao acusado os direitos e garantias estabelecidos no referido sistema.

Em sua Constituição as normas estão dispostas de forma a que um poder limite o outro; e é essa distribuição um instituto eficaz na harmonização entre a liberdade e o poder, com leis conciliando a independência do indivíduo e a obediência às normas, viabilizando assim uma convivência mais segura e harmônica.

Para evitar arbítrios, as prescrições jurídicas definem, previamente, os comportamentos legais, com normas claras e precisas, não deixando, a critério da autoridade, o modo de cumprir suas atribuições. A Carta Magna impõe limites ao *jus puniendi* pelos princípios e regras estabelecidos. Havendo a

---

\* Delegada da Polícia Judiciária do Estado do Ceará. Professora de Direito Penal da Faculdade Christus. Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Penal pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Processo pela Escola Superior de Magistrados do Ceará.

infração penal, tal qual o particular, o Estado deve dirigir-se ao Poder Judiciário e dele exigir a aplicação da sanção penal.

Dentre os valores da sociedade brasileira, foi positivado como norma fundamental da República do Brasil, o respeito à dignidade da pessoa humana, protegendo-a de outros indivíduos e do próprio Estado. Mas, sabe-se que a plena positivação dos direitos não garante, por si só, sua concretização, fazendo-se necessário, para tanto, a eficiente prestação judicial. As restrições à liberdade e ao patrimônio de possíveis transgressores só serão legítimas se obedecerem às regras materiais e formais do ordenamento jurídico, impostas pelos princípios fundamentais da democracia, dentre eles o princípio da legalidade.

O Direito Penal tem a missão de promover a paz social, através da prevenção geral, onde elenca e divulga as condutas delituosas e suas respectivas sanções, bem como, através da concretização da punição, caso a prevenção geral reste insuficiente. Contudo, os princípios que fundamentam o sistema das liberdades e a atividade punitiva do Estado impõem aos seus agentes públicos, no exercício do poder de punir, o dever de agir restritamente no campo delimitado pela legalidade.

O Estado, por meio do Poder Judiciário, mormente nos processos criminais, em que vigoram os princípios do *in dubio pro reo*, *da verdade real* e o *princípio da presunção de inocência*, só poderá decidir pela condenação do acusado caso existam provas da autoria e materialidade que exterminem qualquer resquício de dúvida. Do contrário, a sentença deverá absolver o acusado, julgando improcedente a acusação.

A pesquisa dessa verdade ocorre primeiramente na Polícia Judiciária, e tem por fim provar o fato e suas circunstâncias, fornecendo, às autoridades incumbidas do dever de punir os fundamentos necessários ao desempenho de suas atribuições.

O inquérito policial é o resultado formalizado do cumprimento, pela autoridade policial, destas atribuições que lhe foram incumbidas, de forma privativa, pela Constituição Federal de 1988, ou seja, o Delegado de Polícia é constitucionalmente o responsável pela apuração e prova das infrações penais e da respectiva autoria, como determina o art. 144, § 4º da atual Carta Política.

## 2 INCIDÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL NOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Hoje, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 permite quatro espécies de prisões: a penal, a processual, a civil e a disciplinar. Dentre as prisões processuais estão a prisão em flagrante, a preventiva, a temporária, a prisão resultante da pronúncia e da sentença condenatória não transitada em jul-

gado. Das cinco, três delas geralmente ocorrem na fase da instrução provisória, que é materializada pelo inquérito policial.

Constata-se, pois, a estrita relação entre o direito de liberdade de ir e vir e o inquérito policial, a partir da prisão em flagrante. Esta é medida cautelar que restringe a liberdade do indivíduo no momento em que consumou ou acabara de consumir o crime ou contravenção. Ela independe de ordem judicial; o fato delituoso é analisado cautelosamente pela autoridade policial que, convicta da tipicidade e da reunião de todos os elementos do estado de flagrância, determina a lavratura do auto de prisão.

Outra espécie de prisão processual, como antedito, é a temporária. Sua base legal está na Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e só ocorre na fase do inquérito policial, pois objetiva possibilitar as investigações nos casos de crimes graves, assim caracterizados pela própria lei.

É o Delegado de Polícia quem avalia e comprova a necessidade de decretação da prisão temporária, pois o legislador pretendeu colocar o suspeito, não identificado ou de difícil localização, diante da autoridade policial, e assim viabilizar a realização de vários atos necessários à pesquisa da verdade sobre o crime e seu autor, atos como o interrogatório, acareação e reconhecimento de pessoas e coisas.

Assim, caso um indivíduo seja suspeito de ter tentado matar alguém por motivo considerado fútil, poderá, a requerimento do Delegado de Polícia e das provas constantes no inquérito policial, ter a prisão decretada pelo prazo de 30 dias, prorrogável por mais 30. Dessa forma, poderá passar até 60 dias recluso, tudo com base nas provas do inquérito policial.

A prisão preventiva também é prisão cautelar, diferindo da prisão temporária, que é decretada exclusivamente na fase do inquérito policial. A prisão preventiva tem natureza cautelar em razão de sua finalidade, que é garantir a eficácia de uma futura decisão judicial. Como as demais prisões cautelares, a preventiva é medida excepcional, só podendo ser determinada se comprovada a existência de um crime e indícios suficientes de autoria.

Mas, o processo penal é instrumento legal utilizado não tão-somente para o Estado executar a pretensão punitiva. Também viabiliza a reparação do dano patrimonial causado à vítima, em consequência do delito. Pois há crimes em que a recomposição material é de maior interesse da vítima que a própria aplicação da sanção penal.

Para tanto, a lei processual penal brasileira prevê medidas cautelares assecuratórias da eficácia de futura decisão judicial quanto à reparação do dano decorrente do crime.

O seqüestro é uma delas. Medida de natureza cautelar, destina-se a evitar que o acusado se desfaça dos proventos que auferiu com as condutas criminosas de sua autoria, inviabilizando o cumprimento de futura sentença

condenatória para a compensação patrimonial, em prol da vítima. O fim é a constrição dos bens imóveis ou móveis, adquiridos com os proventos do crime. Sua previsão legal está nos artigos 125 e 132 do CPP.

Para melhor compreensão das medidas assecuratórias, importante sublinhar que os proventos do crime diferem dos produtos do crime. Produto é a vantagem diretamente obtida com o ato criminoso, como a jóia, no crime de furto. O produto do crime é a própria jóia, objeto material do delito. Provento do crime é o bem adquirido pelo autor da infração, como consequência indireta de seu comportamento ilícito, por exemplo, o carro comprado com o dinheiro resultante da venda da jóia furtada. A lei não prevê seqüestro para o produto do crime, pois, sobre ele, incide a medida de busca e apreensão.

Ao Delegado de Polícia a lei atribui o dever de colher e comprovar os indícios que apontam o autor da infração e a origem ilícita de seu patrimônio, bem como o poder de requerer à autoridade judicial o seqüestro destes.

A hipoteca legal, também de natureza cautelar, é medida assecuratória com fim semelhante ao do seqüestro, ou seja, garantir futura reparação civil do dano resultante do delito, mas cuja restrição recai sobre o patrimônio lícito do indiciado ou do réu. Prevista no Código Civil brasileiro em favor do ofendido ou de seus herdeiros, recai sobre os imóveis necessários para satisfação do dano causado pelo delito; pode ser requerida em qualquer fase do processo, mas para tanto, o pedido deve ser fundamentado com a prova inequívoca da materialidade do crime e dos indícios de autoria. Aqui, a polícia judiciária também atua fornecendo as provas exigidas.

Outra destas medidas é o arresto, denominado indevidamente pelo CPP, em seu art. 137, como seqüestro. Tem as mesmas características da hipoteca legal, diferindo desta, por recair sobre bens móveis. O arresto visa impossibilitar que o autor do crime disponha de seus bens móveis de origem lícita, para que estes garantam a futura reparação do dano causado pelo delito.

Por fim, com o ato de indiciamento que ocorre no inquérito policial, uma pessoa é apontada como provável autor do crime apurado, e, apesar de saber que as decisões administrativas não fazem coisa julgada, não é menos certo que já têm o condão de perpetrar graves lesões a direitos individuais, cuja reparação, muitas vezes, é de difícil operacionalização perante o Judiciário.

E mesmo nos crimes em que a lei admite a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, arbitrada esta pela autoridade policial ou judiciária, o indiciado será obrigado a comparecer perante a autoridade toda vez que for intimado para atos do inquérito ou da instrução criminal.

O indiciado também fica proibido de mudar de residência sem a permissão da autoridade processante, ou de ausentar-se por mais de oito dias, sem prévia comunicação àquela autoridade do lugar onde poderá ser

encontrado, tudo por determinação dos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal.

Daí as razões para que o Estado proteja constitucionalmente o acusado a partir do processo administrativo, pois, quanto melhor a decisão alcançada no nascedouro da instrução penal provisória, menores as chances de lesão à dignidade da pessoa humana, evitando-se, ainda, nulidades e o descumprimento dos prazos da instrução definitiva, entusiasta contumaz da impunidade.

### 3 ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL

A natureza jurídica do inquérito policial, na teoria predominante, é definida como mera peça de informação, tendo em vista seu caráter discricionário, procedimental, inquisitorial e sigiloso, o que consideramos um erro dogmatizado, fundamentado nas falsas características que lhe são atribuídas.

Definir a natureza jurídica do inquérito policial, ou de qualquer instituto da ciência do Direito, exige o uso de palavras precisas que o identifiquem e distingam, determinando sua extensão. Dizer que a peça probatória que fundamenta inicialmente a persecução penal é meramente informativa limita de forma superficial o instituto e desconsidera seu reflexo nos direitos individuais, pois, mais que informar, o inquérito policial coleciona as provas que fundamentam a aplicação da lei penal.

Ele é o resultado formalizado do cumprimento, pela autoridade policial, das atribuições que lhe foram incumbidas, de forma privativa, pela Constituição Federal de 1988. Simples peça de informação é uma revista, um jornal, um panfleto ou algo do gênero, e, nesse contexto científico, seria impróprio usar os termos informação e prova como sinônimos. Informar é dar a notícia de algo; provar é demonstrar a verdade sobre algo.

É óbvio que toda prova contém uma informação, mas nem toda informação pode ser classificada como prova para o Direito Processual Penal. Sendo assim mais preciso classificar o inquérito policial como peça probatória do que como peça informativa.

O inquérito policial reúne as provas que instruem os pedidos de prisão temporária, preventiva, medidas restritivas do patrimônio e da privacidade, a saber: busca e apreensão, arresto, seqüestro, hipoteca legal, quebra do sigilo telefônico, bancário; além de fundamentar a denúncia e a sentença - peças que, respectivamente, iniciam e encerram a persecução criminal na fase judicial.

O inquérito policial, na condição de peça processual que sintetiza a apuração e a comprovação imparcial de fatos delituosos, prova; sendo certo, outrossim, que não se destina pontualmente, nem à parte que acusa, nem à parte que se defende. Seu fim é servir à aplicação da lei penal, afirmação

que encontra fundamento nos artigos 6º, 7º, 8º e do 155 ao 250, todos do Código de Processo Penal, bem como no princípio da comunhão das provas e da livre convicção ou persuasão racional.

Os autores que compartilham do entendimento de que o inquérito policial é mera peça de informação têm argumentos semelhantes, e para não ser repetitiva, selecionei os expostos pelo autor Júlio Fabbrini Mirabete, ex-Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, professor de Direito Penal, membro da Academia Paulista de Direito, do Instituto Manoel Pedro Pimentel e do Departamento de Direito Penal da Universidade de São Paulo.

Em sua obra “Processo Penal”<sup>1</sup>, referido autor expõe, que “o inquérito policial não é indispensável ao oferecimento da denúncia ou da queixa”, e que, à critério do Ministério Público, elas podem ser oferecidas sem obrigatória fundamentação nos autos de investigação oficial. Acrescenta que o art. 27 do CPP dispõe que qualquer um pode provocar a iniciativa do Ministério Público (MP), fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato, autoria, tempo, lugar e os meios de convicção sobre o crime, e que os artigos 39, § 5º e 46, § 1º, ambos do CPP, sublinham o poder do MP de dispensar o inquérito.

O autor trata da dispensa do inquérito policial, a critério do Promotor de Justiça, como se este caso fosse a regra da lei processual penal, como se a lei não tivesse criado esta hipótese apenas de forma excepcional.

O que consta na lei processual penal acerca da dispensa do inquérito policial pelo Ministério Público, e como exceção, está no art. 38, § 5º, CPP, o qual faculta ao Promotor de Justiça, nos crimes de ação penal pública condicionada à autorização da vítima ou de seu representante legal, oferecer denúncia sem inquérito, caso a vítima, além da autorização, forneça elementos que possibilitem o oferecimento da denúncia. Mas é só!

O Código de Processo Penal não traz nenhuma outra hipótese de dispensa do inquérito policial por qualquer autoridade, nem mesmo pela autoridade policial. O autor selecionou o texto que trata da situação excepcional, abordando-a como se fosse regra e transmitindo a idéia de que a lei admite como regra, o que é exceção.

Nos crimes de ação penal pública incondicionada não é facultado ao Delegado de Polícia promover ou não o inquérito policial; os princípios constitucionais incidentes nesse campo obrigam as autoridades da Polícia Judiciária a agir, são os princípios da obrigatoriedade e oficialidade.

O fim do processo criminal é a aplicação da lei penal e, para tanto, a instrução criminal é indispensável e compreende todas as formalidades necessárias para se pôr uma causa em estado de ser julgada.<sup>2</sup>

O inquérito policial é uma das peças que compõem a instrução da ação penal, eis que por ele restam apuradas as provas das circunstâncias e da autoria das infrações penais, ou seja, é “a pesquisa da verdade e dos meios

de prová-la eventualmente em juízo, é o objeto claro que o legislador lhe reconheceu”.<sup>3</sup>

No inquérito policial são reunidas as prova colhidas logo após o fato, algumas delas impossíveis de repetição perante o Poder Judiciário, como o auto de flagrante delito, o exame do local de crime e as provas periciais. Há outras cuja repetição é factível ante o Judiciário, é bem verdade, porém sem o alcance existente quando tais provas restam colhidas próximas ao momento do fato, em que o tempo atua como aliado.

Tal qual as tintas de uma aquarela, as provas, com o passar do tempo, vão perdendo a nitidez, *suas cores se tornam opacas, ao ponto de comprometer o reconhecimento da figura*. A Polícia Judiciária tem, como nenhuma outra instituição encarregada da persecução penal, as melhores condições para visualizar e provar a materialidade e autoria do fato criminoso, justamente pela oportunidade de olhar o quadro ainda *com a tinta fresca*.

Considerando esses fatos - e que os princípios são normas sobrepostas às regras - defendemos, com base nos princípios da obrigatoriedade, oficialidade e indisponibilidade do processo, a exigência legal do inquérito policial, de forma absoluta, nos crimes de ação penal pública incondicionada.

Divergimos, portanto, do referido autor, quando este afirma que as atribuições concedidas à polícia, no inquérito policial, são de caráter discricionário, sigiloso e inquisitorial.

### 3.1 Discricionário ou vinculado?

As infrações penais não podem ficar sem punição e, no momento em que são consumadas ou tentadas, é dever do Estado promover o *jus puniendi*, não tendo os órgãos encarregados da persecução penal o poder discricionário para optar entre agir ou não agir. O princípio da obrigatoriedade fixa normas contrárias àquelas baseadas no princípio da oportunidade que condiciona a vontade da vítima à promoção, ou não, do *jus puniendi*.

O princípio da oficialidade, complementando o da obrigatoriedade, preceitua que, como a repressão ao crime é atribuição do Estado, esta deve ser realizada por seus órgãos, ou seja, os órgãos encarregados e incumbidos de executar a pretensão punitiva devem ser oficiais. No Brasil, como antes visto, a Constituição Federal delegou à Polícia Judiciária, de forma privativa, a apuração das infrações penais e ao Ministério Público, a promoção da respectiva ação penal.

Do princípio da obrigatoriedade decorre o da indisponibilidade do processo, que vigora inclusive na fase do inquérito policial, porquanto, instaurado este, não pode ser paralisado ou arquivado. Como reflexo desta norma fica proibido também ao Ministério Público desistir da ação penal instaurada ou do recurso interposto.

A experiência demonstra que, na prática, não se deve dispensar o inquérito policial, mesmo nos casos em que a lei processual penal assim o admita. Neste particular concordamos com a opinião de Heleno Cláudio Fragoso, no sentido de que “convém que se faça sempre o inquérito policial, de modo a permitir que se apure a existência do delito, em todas as suas características fundamentais”.<sup>4</sup>

Convém, então, questionar se a discricionariedade realmente caracteriza o ato administrativo que é o inquérito policial. O Estado, para desempenhar suas atribuições, dentre elas o dever de punir, delega à Administração Pública poderes que possibilitam a execução de seu fim. Esses poderes, necessariamente, põem os representantes do Estado em posição de supremacia sobre o particular. Contudo, num Estado Democrático de Direito, em que os princípios constitucionais têm como essência o respeito à dignidade da pessoa humana, tais poderes são limitados por esses princípios e suas regras, tudo objetivando impedir abusos e arbitrariedades que ocorrem quando as autoridades não observam os limites que a lei traça para cada ato.

Os atos administrativos são classificados em vinculados e discricionários. Os atos vinculados são aqueles em que - por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração, em face de certa situação também prevista em termos de objetividade absoluta - a Administração Pública, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.<sup>5</sup>

Aqui a lei não deixa espaço para que o servidor público opte. Diante de determinados requisitos, a Administração deve agir. A partir desta obrigação legal nasce, para o particular, o direito de exigir da autoridade a realização do ato legalmente determinado, sob pena de responder judicialmente por sua omissão. Havendo flagrante de delito, por exemplo, o delegado de polícia não pode optar entre atuar, ou não, o acusado. É a lei que o obriga a agir!

Maria Silvia Zanella Di Pietro<sup>6</sup>, descrevendo os atos administrativos especificamente na análise da discricionariedade do ato, afirma que essa característica está presente se houver uma possibilidade de escolha para as autoridades entre o agir e o não agir; se diante de certa situação a Administração estiver obrigada a adotar determinada providência, sua atuação é vinculada; se, no entanto, puder escolher entre atuar ou não, existe discricionariedade. Sirva-se de exemplo o caso da ocorrência de ilícito administrativo: a Administração é obrigada a apurá-lo e a punir os infratores, sob pena de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal).

Ora, se a Administração Pública está vinculada à apuração de ilícitos administrativos; com muito mais razão se vincula à apuração de ilícitos penais, cuja maior gravidade ensejou até mesmo a sua tipificação.

O exemplo supra já chama a atenção para a questão da existência do contraditório em qualquer processo administrativo, pois, se é assegurada ampla

defesa ao indivíduo que comete a irregularidade administrativa de ultrapassar sinal vermelho, cuja sanção máxima é pecuniária; seria então paradoxal, se esse mesmo indivíduo, ao ser acusado de cometer um ilícito penal, com todas as conseqüências que ocorrem na fase prévia da persecução penal, não pudesse, administrativamente, exercer o direito de defesa.

No inquérito policial o acusado poderá ser privado de sua liberdade por meio de prisão em flagrante, assim como ter decretada a prisão temporária por até 60 dias, ou sem prazo previamente determinado nos casos de prisão preventiva, além de poder ficar com seu patrimônio bloqueado e ser indiciado.

Celso Antônio Bandeira de Melo, na obra citada alhures, nas páginas 205 e 206, analisando de forma mais criteriosa a matéria, revela que no ato discricionário a norma reguladora carece de precisão porque não descreve, antecipadamente, a situação em vista da qual será aplicável o comportamento administrativo.

No inquérito policial o Delegado de Polícia analisa se a ação ou omissão está tipificada no Código Penal ou em leis extravagantes como crime ou contravenção. Estando tipificada a conduta, o Delegado de Polícia avalia se estão presentes os elementos configuradores para qualquer uma das espécies de flagrante previstas pelo Código de Processo Penal e, se todos esses requisitos estiverem presentes, a autoridade policial tem a obrigação legal, como já foi dito, de prender e autuar em flagrante o indiciado.

As normas que fundamentam esta fase da persecução penal não deixam espaços para a discricionariedade, lembrando que o princípio da legalidade, incidente no Direito Penal, determina que todas as condutas e sanções criminais devem ser criadas por lei ordinária, impossibilitando assim que outras espécies normativas criem tipos penais e sanções.

Essa lei deve ser anterior ao fato, não podendo, pois, retroagir para alcançar fatos que antecederam a sua vigência; e deve ser escrita, impossibilitando que os costumes ou a moral criem infrações penais; deve, outrossim, ser certa e restrita, para que as ações e omissões classificadas como criminosas venham descritas de forma clara e precisa, sem termos ambíguos ou vagos.

O Código de Processo Penal, por sua vez, disciplina os estados de flagrância em delito, ou seja, existindo a conduta criminosa e o estado de flagrância, a autoridade policial não pode decidir se autua, ou não, em flagrante, pois o ato é vinculado.

E a Lei n. 4.898, de 1965, em seu art. 3º, indica como abuso de autoridade os atentados à liberdade de locomoção, englobando dentre estas violações, qualquer forma de prisão ilegal. Em seu art. 4º estende o rol dos fatos tipificados como crime de abuso de autoridade, e inclui o ato de ordenar, ou

executar medida privativa de liberdade, sem as formalidades legais ou com abuso.

### 3.2 Procedimento ou Processo?

Mirabete afirma que o inquérito policial é um procedimento e não um processo, por nele não existir o contraditório. Nélson Nery Jr.<sup>7</sup>, por sua vez, afirma que o princípio do contraditório não é aplicável nessa primeira fase, porquanto o inquérito policial, no seu entender, não é um processo administrativo e sim um procedimento inquisitório.

Aqui, novamente, ousamos divergir dos prestigiosos autores.

Resta necessária, pois, uma análise mais ampla que identifique: 1) o que os princípios constitucionais determinam; 2) qual a distinção entre processo e procedimento e; 3) quais as características de um processo inquisitivo e de um processo acusatório. Só então, mediante tais elementos, poderemos analisar a real natureza jurídica do inquérito policial e avaliar se a Constituição Federal determina a aplicação do contraditório nessa fase.

A Constituição de 1988 é bem clara: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

E, como se não bastasse tanta clareza, acentua: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV).

A Carta Magna vigente, em seu artigo 5º, inciso LV, não restringe o princípio do contraditório apenas aos litigantes em processo judicial ou administrativo. Se essa fosse a intenção do legislador, o texto teria encerrado por aí; haveria um ponto final após referir-se ao processo administrativo.

Contudo, o legislador, expressamente, estendeu essa garantia aos acusados em geral, quando se utilizou da conjunção aditiva “e”. Estendeu, pois, os regramentos do *contraditório* e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a eles inerentes, aos acusados em geral; e de forma cautelosa, e no intuito de evitar que esta garantia fosse transformada numa utopia, determinou a imediata comunicação da prisão e do local onde o preso se encontra, ao juiz competente e à família, ou pessoa pelo preso indicada; assim como assegurou-lhe a indicação clara de seus direitos, especialmente no tocante ao silêncio e à assistência de advogado.

A atual lei processual penal ratifica o entendimento de que esta atuação da defesa, para atender aos desígnios do legislador constituinte, há de ser efetiva, balizada no contraditório, com o exercício da defesa técnica em sua maior amplitude.

E consubstanciada a atuação do defensor, a atividade defensiva prévia ganha maior dimensão, ao ponto de propiciar o contraditório no inquéri-

to policial, pois a necessidade de se chegar à verdade está acima do excesso de rituais. Trata-se, enfim, de um direito fundamental do acusado que não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em inconsistente formalidade; e cuja observância se impõe, sob pena de nulidade dos atos praticados sem a efetiva assistência do defensor constituído pelo indiciado, ou público (cf., também, arts. 5º, LXXIV, e 134 da CF).

Comunga deste entendimento o autor Agapito Machado<sup>8</sup>, professor de Processo Penal e Juiz Federal, que também faz referência a vários outros autores que tratam e defendem a incidência do princípio do contraditório no inquérito policial, como garantia assecuratória dos direitos fundamentais:

Há quem entenda, portanto, que o inquérito policial hoje é um processo administrativo (e não mero procedimento) em que deve ser assegurado o contraditório, como é o caso de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci no livro “Devido processo legal e tutela jurisdicional”, RT, 1993, pg 25/27; “Contraditoriedade no inquérito policial” – Outro tema que clama pela atenção do analista é o referente à contraditoriedade no inquérito policial.

Explica que uma confusão terminológica, e até mesmo conceitual, entre processo e procedimento se tradicionalizou no Brasil. Fala-se em um, quando se cogita do outro, ao ponto de a Constituição Federal expressar “*processo administrativo*”, quando se está querendo aludir a *procedimento administrativo*.

Ada Pellegrini Grinover<sup>9</sup> enfatiza a imprescindibilidade da efetiva defesa do acusado a partir do interrogatório da prisão em flagrante, sob pena de nulidade deste:

Finalmente, cabe realçar que se o interrogatório é essencial para a validade do ato processual – como ocorre, por exemplo, com a prisão em flagrante: art.304 do CPP – não há dúvidas de que a nulidade se comunica em qualquer caso ao ato processual embasado no interrogatório viciado. Caberá à autoridade policial zelar para que todas as garantias sejam asseguradas ao preso no interrogatório, e ao juiz aferir se realmente se deu seu efetivo cumprimento.

Como visto, os princípios constitucionais, que têm como centro o respeito à dignidade da pessoa humana, não poderiam admitir que em nenhuma fase da persecução penal o Estado tivesse o poder de tratar a pessoa suspeita como mero objeto de investigação.

### 3.3 Sigiloso?

O sigilo também não pode ser citado como elemento que fundamente a natureza jurídica inquisitorial do inquérito, pois, com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, houve uma revogação tácita do art. 20 do Código de Processo Penal. Essas duas normas são incompatíveis; não há como assegurar sigilo ao inquérito policial se o Estatuto dos Advogados determina que qualquer um de seus membros, mesmo sem procuração, pode consultar os autos e copiar as peças, a qualquer momento.

Assim, por tudo até agora estudado e principalmente pelo acatamento que devemos aos princípios da legalidade, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, obrigatoriedade, indisponibilidade, oficialidade, publicidade, contrariedade e defesa, conclui-se que o inquérito policial, fase antecedente do processo definitivo, tem natureza jurídica diversa da que lhe vem imputando boa parte da doutrina.

## 4 CONCLUSÃO

Resta inconsistente, pois, a tese de que o inquérito policial é mero procedimento inquisitorial, haja vista ser um ato administrativo vinculado, não sigiloso, com direito ao contraditório e defesa, a partir do auto da prisão em flagrante. Concluímos que sua natureza jurídica é de processo administrativo de instrução criminal. E, como todos os atos instrutórios deste processo administrativo são obrigatoriamente repetidos no processo judicial, sob o fundamento da revogada inexistência de defesa no inquérito, questionamos a constitucionalidade desta imposição incondicional, pois, a repetição desprovida de critérios gera uma instrução criminal redundante e morosa, onde o ordinário descumprimento dos prazos instrutórios do processo judicial apadrinha a impunidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1959.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 4, ano II, p. 9-21, 2004.2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MACHADO, Agapito. *Prisões: legalidade, ilegalidade e instrumentos jurídicos*. Fortaleza: Edição Universidade de Fortaleza, 1999.

NERY JÚNIOR, Nélon. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2.

---

<sup>1</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 266.

<sup>2</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973, p. 5; p. 8.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>4</sup> PIMENTEL, Manuel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973, p. 227.

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 203.

<sup>6</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 197.

<sup>7</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.133.

<sup>8</sup> MACHADO, Agapito. *Prisões: legalidade, ilegalidade e instrumentos jurídicos*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, p. 178-182.

<sup>9</sup> GRINOVER, Ada. *O interrogatório como meio de defesa*. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 2, n. 4, p. 19, 2004.2.

## ON THE JURIDICAL NATURE OF INVESTIGATION

### ABSTRACT

Analysis of the juridical nature of investigation, taking into account the changes demanded by the laws regulating the activity of lawyers in Brazil, which revoked the secrecy in investigation, and the Law 10.792/2003, which cancels the inquisitorial features it had, as the constitutional guarantees from the due process of law inside investigation were object of new regulation.

**KEYWORDS:** Bureau of investigation. Investigation. Juridical nature.

## DE LA NATURE JURIDIQUE DE L'ENQUÊTE POLICIÈRE

### RÉSUMÉ

Analyse de la nature légale de l'enquête policière, depuis les changements imposés par le statut des avocats du Brésil et par la loi n. 10.792/2003. Celui-là retira le caractère non-public et celle-ci, le caractère inquisiteur de cette enquête, au moment de la réglementation des garanties constitutionnelles du contradictoire et du droit de la défense.

**MOTS-CLÉS:** Police judiciaire. Enquête policière. Nature juridique.

# RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL: DIFICULDADES TEÓRICAS E PRÁTICAS

Juliana Sombra Peixoto\*

1 Apresentação do tema. 2 Segurança jurídica e justiça no Estado Democrático de Direito. 3 “Coisa julgada inconstitucional”: enfoque crítico. 3.1 Denominação esdrúxula. 3.2 Fundamentos para a relativização. 3.3 Justiça como um valor absoluto: pós-modernidade ou retrocesso? 3.4 Perpetuação dos litígios. 3.5 Propostas de *lege lata* e de *lege ferenda*. 4 Conclusão.

## RESUMO

A doutrina da “coisa julgada inconstitucional” – que propõe a “relativização” do instituto da coisa julgada quando o conteúdo da sentença for injusto ou inconstitucional – é merecedora de uma minuciosa análise crítica, à luz do sistema processual pátrio forjado em um Estado Democrático de Direito cujo primado consiste na harmonização de valores essenciais à vida em sociedade: a segurança e a justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Democrático de Direito. Segurança. Justiça. Coisa Julgada. Relativização.

## 1 APRESENTAÇÃO DO TEMA

Tema que vem suscitando muitas controvérsias na moderna processualística nacional é o da relativização da coisa julgada material, sobretudo nos casos em que ocorre ofensa direta ao texto constitucional. A novel doutrina da “coisa julgada inconstitucional” é merecedora de uma cuidadosa análise crítica, mormente em relação aos seus fundamentos teóricos, que ora são insuficientes, ora sequer existentes.

Dentre os trabalhos escritos derredor desse tema, cabe destacar, dentre outros, o *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, de Paulo Otero, e *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, de Jorge Miranda, ambos da doutrina lusitana. Vale salientar igualmente, no âmbito nacional, as contribuições de

---

\* Mestranda em Direito Constitucional (UFC). Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho (Faculdade Christus). Advogada. Professora universitária.

José Augusto Delgado, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Valder do Nascimento, Paulo Roberto de Oliveira Lima, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, Rosemiro Pereira Leal, e, em especial, a recente tese de doutoramento do professor Eduardo Talamini, intitulada *Coisa julgada e sua revisão*.

Não obstante o brilhantismo de seus defensores, as teses propagadoras da “coisa julgada inconstitucional” não resistem a um exame mais detido da questão, conforme será demonstrado ao longo deste texto, que apresenta idéias iniciais com vistas a formar contra-reflexões à onda de relativização que vem assolando o instituto da coisa julgada material.

Não se pretende com este breve enfoque crítico chegar-se a uma abordagem profunda do tema, mas tão somente delinear contra-argumentações em face da tese que vem tomando cada vez mais espaço na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Especial atenção é dedicada ao confronto de dois valores de suma importância para todo e qualquer sistema processual: a segurança jurídica e a justiça. O primeiro será representado pelo instituto da coisa julgada como garantia material, enquanto o segundo servirá de fundamento para as propostas de relativização da coisa julgada.

Do Estado de Direito, de origem liberal, ao Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica e a justiça – como valores que são – passaram por constantes modificações. Essa mudança de paradigmas (segurança x justiça) consiste em um contexto facilitador do debate acerca da relativização da coisa julgada, uma vez que a justiça é o fim último do processo, mas não há justiça sem segurança jurídica.

Tendo em vista que esse confronto de valores é de difícil ponderação, porquanto ambos são essenciais à vida em sociedade, buscam-se soluções quer *de lege lata*, quer *de lege ferenda*, no intuito de harmonizá-los, em cotejo com a ordem jurídica constitucional vigente.

## 2 SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme defendem alguns adeptos da famigerada tese da “coisa julgada inconstitucional”, em sendo a sentença transitada em julgado desconforme com a Constituição Federal, ainda que ultrapassado o prazo de ajuizamento da ação rescisória, deverá essa ser desconstituída porquanto albergue o mais grave dos vícios: a inconstitucionalidade. Segundo esta tese, o valor segurança deverá ceder espaço ao valor Justiça, tido este último como absoluto e soberano, a justificar sua prevalência.<sup>1</sup>

Deste modo, faz-se necessária uma breve análise da evolução das formas de organização do Estado – do Estado de Direito ao Estado Democrático

de Direito – no desempenho de uma das suas principais funções: a tentativa de harmonização desses valores (segurança x justiça), consubstanciados na dicotomia legalidade x legitimidade.

Observa-se, ao longo da formação do Estado moderno, o aperfeiçoamento contínuo das diversas formas de organização estatal, com vistas a acompanhar a expansão crescente dos direitos fundamentais, bem como a conquista de novos direitos.

De um Estado absolutista, em que todo o poder se concentrava nas mãos de um monarca, evolui-se para um Estado de Direito, no qual o poder já não é mais de pessoas, mas de leis, sendo a legalidade a máxima de valor supremo, conferindo segurança jurídica em detrimento da arbitrariedade dos que governavam o ordenamento social e político.

Uma das principais características do Estado Liberal de Direito consiste na submissão ao império da lei. A legalidade como princípio maior do Estado Liberal, com apogeu no direito positivo da Constituição mexicana (1917) e da Constituição de Weimar (1919), constitui o marco da conversão do Estado Absoluto (caracterizado pela célebre frase: “O estado sou Eu” de Luís XIV, o “Rei Sol”) no Estado Constitucional. No Estado Liberal, a legitimidade está subsumida à legalidade, ou muitas vezes com esta se confunde.<sup>2</sup>

O Estado de Direito de origem liberal, caracterizado pela conquista dos direitos de primeira geração, é superado por um Estado Social, com ênfase nos direitos de segunda geração. Aqui, não mais a legalidade, e sim, a legitimidade se fez paradigma dos Estatutos Fundamentais.

Há, portanto, a superação do modelo liberal, de um Estado não-intervencionista, passando-se a exigir, por parte do Estado, determinadas prestações materiais. A respeito da superação do modelo Liberal e do advento do Estado Social, preceitua Pablo Lucas Verdú<sup>3</sup>:

Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.

De um Estado Social, superado por não atingir seu intuito de assegurar a justiça social, chega-se ao Estado Democrático, com o objetivo de estabelecer a efetiva participação democrática do povo nas decisões políticas do Estado, a fim de atender às exigências da legitimidade de caráter substancial, em que se compreendem princípios materiais de justiça.

Enquanto no Estado de Direito preza-se pela legalidade e no Estado Democrático pela legitimidade, Francisco Gérson Marques de Lima esclare-

ce que “no Estado Democrático de Direito, legitimidade e legalidade entrelaçam-se, preenchem-se, uma dando sustentáculo e justificação política à outra”.<sup>4</sup>

Caberá, pois, ao Estado Democrático de Direito a difícil missão de conciliar os ideais de legalidade e legitimidade, promovendo a conjugação harmônica de fundamentos tão aparentemente distintos, como a segurança e a justiça.

Porque a coisa julgada representa verdadeiro corolário do Estado Democrático de Direito, é nessa conjugação harmônica de valores que se deve buscar uma solução razoável para o fenômeno da “coisa julgada inconstitucional”.

### 3 “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”: ENFOQUE CRÍTICO

É fundamento do Estado Democrático de Direito a segurança e a estabilidade das relações jurídicas por meio da imutabilidade das decisões judiciais. Neste sentido, o princípio da segurança jurídica tem por escopo a garantia dos direitos regularmente constituídos, que já integram a esfera patrimonial do titular da tutela judicial garantida.

A coisa julgada consiste em um atributo indispensável à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, sendo que de nada adiantaria falar-se em direito de acesso à justiça, sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente.<sup>5</sup>

Nesta perspectiva, Teori Albino Zavascki preconiza que a Constituição dotou a tutela jurisdicional de dois institutos garantidores da pacificação social: “a) o da cognição exauriente, como instrumento para potencializar a justiça das decisões, e b) o da coisa julgada, para conferir estabilidade às sentenças, alcançando, assim, a solução final das controvérsias”.<sup>6</sup>

Não obstante a necessidade ineludível de um instrumento garantidor de segurança e estabilidade às prestações jurisdicionais, é também inquestionável a importância do valor justiça a guiar todo sistema processual que seja forjado à luz de um Estado Democrático de Direito. Contudo, ainda nos parece inviável a garantia absoluta, e de certa forma utópica, de que o processo sempre conduzirá a um resultado justo.

Diante disto, a falta de critérios seguros e racionais para a “relativização” da coisa julgada poderá conduzir a um estado de grande incerteza e injustiça, gerando uma situação insustentável para o Estado, já que as sentenças proferidas nos seus tribunais não terão valor algum, podendo ser invalidadas e tornadas inúteis, sem maiores dificuldades, ao bel-prazer da parte prejudicada que se sentir injustiçada por uma decisão judicial desfavorável.

Não se pode prescindir, portanto, de uma análise sucinta e cautelosa da doutrina da “coisa julgada inconstitucional”, com exame pormenorizado

das premissas tidas como sustentáculo desta tese, que defende a relativização do instituto da coisa julgada como meio hábil a garantir a justiça dos provimentos judiciais finais.

### 3.1 Denominação esdrúxula

Coisa julgada, efeitos da sentença e conteúdo do *decisum*, conquanto estejam vinculadamente conjugados e fundamentalmente ligados, são aspectos distintos, havendo a necessidade imperiosa de diferenciá-los ontologicamente, à medida que se busca conceituar o primeiro.

A coisa julgada foi tida por muito tempo, na visão tradicional romanística, como o próprio bem julgado (*res judicata*), ou seja, a *res in iudicium deducta*, confundindo-se com o próprio bem da vida (pedido mediato) reconhecido ou desconhecido em juízo. Sob esta perspectiva consistiria a coisa julgada em um dos efeitos produzidos pela sentença, identificando-se muitas vezes com o seu próprio efeito declaratório.

Chiovenda, ao tratar dos limites subjetivos da coisa julgada, esboça uma modesta superação das idéias até então dominantes, tentando diferenciar os efeitos do julgado da autoridade da coisa julgada. Sobre o primeiro afirma que “como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos”. Quanto ao segundo, consigna: “O julgado [*giudicato*] é restrito às partes e só vale como julgado entre elas”. Contudo, a diferenciação adequada dos institutos só viria mais tarde.<sup>7</sup>

Reformulando a visão prevalecente até meados do século passado – que provocou grave confusão entre os efeitos da sentença e a coisa julgada – Enrico Tullio Liebman constata que a sentença produz todos os seus efeitos independentemente do seu trânsito em julgado, pelo que a coisa julgada seria não um efeito da sentença, mas uma qualidade que se agrega aos seus efeitos. Nas exatas palavras do autor:

(...) a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforça-los em sentido bem determinado.<sup>8</sup>

No entanto, apesar de aparentemente correta e prevalecente na doutrina processual brasileira, alguns doutrinadores, como José Carlos Barbosa Moreira<sup>9</sup> e Ovídio Baptista da Silva<sup>10</sup>, impugnam com veemência a formulação feita pelo autor italiano com espeque, basicamente, no seguinte motivo: sejam quais forem os efeitos do provimento, eles se submetem à livre disposição das partes, sujeitando-se a inúmeras modificações.

Segundo a crítica feita à teoria de Liebman, a coisa julgada não consiste propriamente na imutabilidade dos efeitos da sentença, mas na imutabilidade do conteúdo do comando da sentença, ante a possibilidade de modificação dos seus efeitos. Exemplo disto seria a possibilidade de reconciliação do casal, a despeito do trânsito em julgado da sentença que decretou o divórcio, e o perdão pelo credor da quantia devida pelo devedor, ainda que este tenha sido condenado ao pagamento da dívida em provimento judicial final.

Em que pese o fato de ser plausível a modificação dos efeitos da sentença transitada em julgado, em função de um negócio jurídico celebrado espontaneamente pelas partes, resta clara a impossibilidade da obtenção de um novo provimento jurisdicional, junto a qualquer juiz, acerca do mesmo objeto antes decidido pela sentença revestida da coisa julgada.<sup>11</sup>

A esse respeito, afirma Eduardo Talamini:

Por sua vez, a “imperatividade” da sentença – aquilo que Liebman chamou de “eficácia natural” –, além de não se confundir com a coisa julgada, tampouco impede as partes de abrir mão de suas posições jurídicas disponíveis. Significa apenas que a sentença, como ato estatal, impõe-se mesmo contra a vontade daquele que sofre os seus efeitos. (Destques do autor)<sup>12</sup>

Destaque-se que, no direito brasileiro, a possibilidade de acordo, mesmo depois de transitada em julgado a decisão – desde que se trate de situação jurídica disponível –, é ratificada pela regra do art. 850 do Código Civil: “apenas se algum dos transatores não tinha ciência da anterior coisa julgada é que será nula a transação”.

Em arremate, conclui-se ser a coisa julgada a qualidade de imutabilidade que recai sobre o comando contido na parte dispositiva da sentença, não se confundindo com o próprio conteúdo do *decisum*, nem, muito menos, com os seus efeitos.

Feitas as devidas distinções resta claro o equívoco da esdrúxula denominação “coisa julgada inconstitucional” porquanto o que se apresenta eivado da pecha de inconstitucionalidade não é, nem poderia ser, a coisa julgada em si, mas o conteúdo da sentença, denominado por Eduardo Talamini<sup>13</sup> de “núcleo essencial da coisa julgada” que está em desacordo com os preceitos constitucionais, sendo que a coisa julgada só faz perpetuar esse conteúdo.

Some-se a isto o fato de ser a coisa julgada instituto por si só “constitucional”, aludida no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), como garantia material fundamental, sendo deveras inadequado adjetivá-la como “inconstitucional”.

Atento à impropriedade da referida denominação, alerta-nos Rosemiro Pereira Leal<sup>14</sup>:

Assim, a **coisa julgada**, ao perder as conotações primitivas de *res judicata* advinda da *res in iudicium deducta* como objeto mediato do pedido, torna estéril o debate sobre se a coisa julgada merital é impeditiva do exercício de direito-de-ação assegurado no art. 5º, XXXIV e XXXV, da CB/88, como público autônomo e abstrato, ainda que sobre **lide** pré-decida. Por igual fundamento, afiguram-se excêntricas e impróprias as expressões: coisa julgada inconstitucional, coisa julgada relativa e relativização da coisa julgada. (Grifos do autor).

Por conseguinte, o fenômeno a que se denomina “coisa julgada inconstitucional” trata-se, na realidade, de sentença transitada em julgado cujo comando pressupõe, veicula ou gera uma afronta à Constituição, ou seja, malhere normas (regras e princípios) constitucionais.

O jurista português Paulo Otero<sup>15</sup> assim classifica as três possibilidades de inconstitucionalidade do caso julgado, a saber: (1) decisão judicial aplicadora de norma inconstitucional; (2) decisão judicial direta e imediatamente violadora da Constituição e (3) decisão judicial desaplicadora de norma constitucional.

Acrescenta-se, ainda, à tipologia do jurista português a sentença que dá à lei interpretação incompatível com a Constituição Federal, porquanto haja previsão expressa no art. 741, parágrafo único do Código de Processo Civil (CPC), como causa de inexigibilidade do título judicial, estar este “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal”, ou, ainda, “em aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição Federal”.

### 3.2 Fundamentos para a relativização

Conforme preconiza a tese da “coisa julgada inconstitucional”, haverá a relativização dos efeitos conferidos pelo trânsito em julgado da decisão de mérito, independentemente do emprego de ação rescisória ou de seu prazo decadencial, nas seguintes hipóteses: a) sentenças de mérito cujo comando seja de cumprimento materialmente impossível, e b) sentenças proferidas em hipotético desacordo com valores humanos, éticos e políticos da Constituição<sup>16</sup>.

As primeiras são tidas como sentenças que alberguem comandos absurdos, como, por exemplo, a determinação da escravidão. Sucede, porém, que os argumentos *ad absurdum* devem ser rebatidos com soluções também absurdas. Em um caso teratogênico, como a mencionada sentença sobre a escravidão, esta simplesmente não poderá ser cumprida, por impossibilidade material, social e cultural da modernidade.

Cuida-se aí de questão muito mais fática, de não se poder cumprir a sentença, do que jurídica. Posto o problema além do Direito, é também além

dele que se deverá buscar a solução. Porque o Direito não responde a tudo, a resposta a tais questões deve ser buscada nos fatos sociais, econômicos, políticos, etc., visto que possuem inevitável importância no cumprimento das decisões.

A segunda hipótese diz respeito às sentenças definitivas (com trânsito em julgado) que ofendem a Constituição da República. A doutrina descreve dois principais casos em que se deverá impor a relativização da coisa julgada: quando da revisão do julgado em investigação de paternidade, graças ao advento de nova prova técnica<sup>17</sup>, e, no caso de modificação do valor da desapropriação, tornado iníquo por transcurso de tempo<sup>18</sup>.

Há teses que, para sustentar as hipóteses aqui enumeradas de relativização da coisa julgada, apegam-se ao argumento do valor Justiça como fim último do Direito, a justificar sua prevalência em detrimento da segurança jurídica, esta representada pelo caso julgado.

Merece registro a afirmação de José Augusto Delgado, para quem as sentenças que ofendem a Constituição “nunca terão força de coisa julgada” e poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas “no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça”.<sup>19</sup>

Feitas estas considerações, cabe aqui o seguinte questionamento: Afinal, o fundamento da relativização da coisa julgada é o da igualdade, o da inconstitucionalidade ou o da injustiça?

Parece-nos que os defensores da “coisa julgada inconstitucional” ao se arvorarem da idéia de que uma suposta “justiça” deverá prevalecer sempre em detrimento do valor “segurança”, esquecem-se de que toda teoria que se preze deve ser pautada em premissas e fundamentos convincentes, sendo inadmissível que não cheguem a um consenso sequer quanto ao fundamento que deverá justificar a relativização da coisa julgada.

Demais disso, que justiça é essa que desejam propagar à custa de uma injustiça ainda maior: a insegurança das relações jurídicas?

É, pois, incontestável a ausência de fundamentos teóricos substancialmente válidos no que se refere à supremacia da Justiça como um valor que se intenta absoluto – premissa que serve de supedâneo à desconsideração do caso julgado quando eivado de inconstitucionalidade.

### 3.3 Justiça como um valor absoluto: pós-modernidade ou retrocesso?

Se a relativização da coisa julgada é fundamentada na injustiça que a sentença possa espelhar, então é imprescindível uma discussão filosófica, jurídica, política e social do que seja, de fato, justo. De que justiça se trata, afinal? Social, processual, distributiva, econômica, política ou divina?

Neste sentido, é bastante pertinente a crítica de Luiz Guilherme Marinoni<sup>20</sup>, para quem:

A “tese da relativização” contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz o que entende por “justiça” e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema.

Justiça de quem? Do Estado, enquanto representante dos interesses dos cidadãos? Infelizmente, não. Justiça do Estado sim, mas enquanto pessoa jurídica de direito público que, na prática, não raramente se opõe ao cidadão e ao próprio ordenamento jurídico – garantia do cidadão contra os arbítrios do poder do Estado. Prova disto é a natureza destrutiva, e não construtiva da tese defensora da “relativização” da coisa julgada, uma vez que visa muito mais a retirar direitos do que a concedê-los.

Ou ainda, justiça do governante, cercado de toda uma carga ideológica, política? Neste caso, referida tese seria anacrônica, tendo servido em outros tempos de fundamento político-ideológico à implantação do regime fascista, sendo que só era justo aquilo que o Reich alemão considerava como tal, conforme destaca Nelson Nery Júnior<sup>21</sup>:

Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a Lei para a Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao *parquet* para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão.

(...)

Se o Ministério Público alemão entendesse que a sentença era injusta, poderia propor ação rescisória (*Wiederaufnahme des Verfahrens*) para que isso fosse reconhecido.

A injustiça da sentença representava uma das hipóteses de cabimento da ação rescisória na Alemanha nazista. Desconsiderar a coisa julgada com base no argumento axiológico da justiça é, pois, instrumento tipicamente totalitário, não tendo qualquer pertinência com o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

José Ignácio Botelho de Mesquita<sup>22</sup>, ao classificar a tese defensora da relativização da coisa julgada de “movimento juridicamente retrógrado e politicamente anacrônico” tece o seguinte comentário:

Da tese em análise, portanto, é lícito dizer que, a despeito dos foros de modernidade que se arroga, é mais velha do que a Sé de Braga, obra monumental cuja construção data do ano 1070 da era cristã. Não se despreza do absolutismo da velha tradição monárquica, que fez a glória dos totalitarismos europeus do século passado.

Seria então a justiça do próprio cidadão? Em se admitindo uma resposta afirmativa, estar-se-ia pondo por terra todo o sistema processual pátrio, produzido que fora com vistas a garantir ao cidadão a pacificação heterônoma de suas demandas, retroagindo-se aos mecanismos autônomos de solução dos conflitos, com o emprego da força física. Voltaríamos, pois, aos tempos das cavernas?

Ora, mas a doutrina da “coisa julgada inconstitucional” se julga de vanguarda, alegando como fonte principal do seu nascedouro o inconformismo social advindo com a pós-modernidade, que sugeriu a quebra de paradigmas científicos tidos como verdadeiros dogmas em nossa sociedade, vindo os estudiosos do Direito a questionar idéias postas como absolutas e intangíveis como o instituto da coisa julgada. Pós-modernidade ou retrocesso?

Ademais, admitir-se a justiça como a do próprio cidadão, individualmente considerado, traria consigo um outro problema de igual gravidade: a perpetuação dos litígios, consubstanciada na possibilidade de qualquer cidadão, ao sentir-se injustiçado pela prolação de uma decisão judicial desfavorável, propor a revisão do julgado, independentemente da possibilidade ou não de ajuizamento da ação rescisória, por vias atípicas de desconstituição da coisa julgada.

Há ainda quem entenda a “justiça” como o respeito à própria Constituição, sendo, portanto, um valor absoluto a justificar sua prevalência diante de eventual conflito entre este e a “segurança”, representada pela observância da coisa julgada.<sup>23</sup> Assim sendo, reside aí grave contradição, porque a norma constitucional nem sempre é justa. Logo, o verdadeiro valor tido como parâmetro por referidas teses que sustentam a relativização da coisa julgada não é a justiça, mas a constitucionalidade das decisões, que nada mais é do que a segurança do ordenamento jurídico, representada pela hierarquia normativa e pela supremacia da Constituição.

### 3.4 Perpetuação dos litígios

Os que sustentam a possibilidade de declarar, a qualquer tempo, a nulidade da sentença proferida contra a Constituição, mesmo após o prazo da rescisória não atentaram para uma das hipóteses de rescisão previstas no sistema processual pátrio: a simples razão de uma sentença ter sido dada em ofensa à coisa julgada é causa autônoma de rescindibilidade.

Assim, segundo a doutrina da “relativização” da coisa julgada, a descon sideração de uma sentença transitada em julgado, por ser considerado seu conteúdo injusto ou inconstitucional, dará ensejo a uma nova sentença, com vistas a corrigir a suposta injustiça ou inconstitucionalidade ocorrida na primeira. Sucede que essa segunda sentença, cuja justiça será uma incógnita, poderá ser desconstituída por meio de ação rescisória, na hipótese do inciso IV, do art. 485 do CPC, porque proferida contra a coisa julgada.

Haveria, assim, uma sucessão indefinida de discutibilidade dos julgados, sendo decisivamente inaceitável a infundável intercalação de decisões tidas por justas ou injustas.

Admitida que seja a “relativização da coisa julgada” iremos deparar total insegurança jurídica causada pela constante possibilidade de revisão dos julgados, perdendo a prestação jurisdicional do Estado sua principal característica: a garantia de imutabilidade das decisões transitadas em julgado. Feito isto, aí, sim, se terá a maior das injustiças, consubstanciada na ausência de termo final para os já tão longos, enfadonhos e desgastantes processos que se desenrolam em nossos tribunais.

Chaim Perelman, preocupado com as conseqüências advindas da perpetuação dos litígios, adverte: “contestar ilimitadamente uma decisão judiciária, porque não conforme a justiça ou à vontade do legislador, os processos poderiam continuar infundavelmente, com os distúrbios, o cansaço e as despesas que daí resultam.”<sup>24</sup>

À luz da recente Reforma do Judiciário, que destaca no título dos Direitos e Garantias Fundamentais a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), não há se admitir seja posto em cheque instituto tão importante para a segurança das relações jurídicas como é a garantia material da coisa julgada. Neste sentido, preceitua Araken de Assis<sup>25</sup>:

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário.

A simples possibilidade de revisão do julgado, sem que sejam obedecidas as regras atinentes à ação rescisória, por si só, multiplicará os litígios nos órgãos do judiciário. Além do aumento desenfreado do número de demandas, haverá ainda a renovação constante e infundável dos litígios, sob o pretexto de malferimento deste ou daquele princípio constitucional.

Então, para garantir a observância de determinados princípios constitucionais que viabilizam a “justiça” das decisões judiciais (respeito à igualdade, à moralidade, etc.), propõe-se mecanismos que se chocam com um outro princípio não menos importante, qual seja, a duração razoável do processo. De acordo com este raciocínio, seria justo, portanto, a perpetuação dos litígios? E a efetividade dos provimentos jurisdicionais, corolário da duração razoável do processo, restaria prejudicada em prol da “justiça” das decisões?

Demais disso, em nome do argumento da justiça, também se pode derrogar todo e qualquer preceito de segurança (prescrição, direito adquirido, ato jurídico perfeito etc.)?

Certo é que a insegurança nas relações jurídicas é das maiores injustiças, sendo necessário compatibilizar os valores da segurança e da justiça, ambos imprescindíveis à tão almejada paz social.

### 3.5 Propostas de *lege lata* e de *lege ferenda*

Muitas são as soluções apontadas pela doutrina para o problema da "coisa julgada inconstitucional". De *lege lata* propõe-se a utilização dos seguintes instrumentos processuais para a desconstituição do caso julgado eivado de inconstitucionalidade: a) *Querela Nulitatis* – se, decorrido *in albis* o prazo para a propositura da rescisória, resta o ajuizamento desta ação ordinária sem prazo, aceita pela doutrina e pela jurisprudência para alegação de vício inconvalidável; b) Ação declaratória de nulidade absoluta da sentença; c) Embargos à execução – por inexigibilidade do título, nos termos do art. 741, parágrafo único, do CPC; c) Exceção de pré-executividade – vista a inconstitucionalidade da sentença como questão de ordem pública; d) Mandado de segurança – direito líquido e certo a uma prestação jurisdicional em consonância com as normas constitucionais, e e) aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>26</sup>

Todos os meios processuais acima indicados como hábeis à descon sideração da "coisa julgada inconstitucional" merecem a veemente crítica de que seria muito mais fácil – se comparados aos exigentes requisitos para a propositura de ação rescisória – impugnar-se uma sentença transitada em julgado cujo comando fosse inconstitucional, o mais grave vício existente, do que a rescisão da mesma, com base no art. 485 do CPC.

Destarte, o ordenamento jurídico vigente permitiria a relativização da coisa julgada pelos diversos mecanismos citados, permitindo que uma decisão judicial inconstitucional proferida por um órgão superior seja descon siderada por órgão inferior, o que não é razoavelmente aceitável.

Em sendo admitida a eterna revisão dos julgados, sob o argumento de ofensa aos princípios encartados na Constituição Federal, sem observância, ao menos, dos critérios processuais formais exigidos para o ajuizamento da ação rescisória (julgamento por órgão colegiado, prazo decadencial, hipóteses taxativas, etc.), implantar-se-á total insegurança jurídica.

Diante disto, propõe-se, *de lege ferenda*, a intervenção do legislador com o fito de estabelecer, previamente, as situações em que a eficácia de coisa julgada não se deve operar, e o remédio processual hábil a retratá-la quando da inconstitucionalidade do seu conteúdo.

Não seriam suficientes os inúmeros instrumentos processuais engendrados no sistema pátrio com vistas ao esgotamento de discussões acerca da constitucionalidade e justiça das decisões?

Nas palavras de Pontes de Miranda<sup>27</sup>: “O sistema processual brasileiro merece louvor e o orgulho do povo que o recebeu e o manteve, sem que haja outro sistema que a ele se iguale”.

A doutrina sugere, ainda, a possibilidade de adequação da via rescisória com algumas adaptações, mormente no que diz respeito à inobservância, no caso de inconstitucionalidade, do prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação. Neste sentido, propõe Alexandre Freitas Câmara<sup>28</sup>:

A meu sentir, deve-se acrescentar um novo inciso ao art. 485 do Código de Processo Civil. Através deste novo dispositivo, estabelecer-se-ia que a sentença de mérito transitada em julgado poderia ser rescindida quando ofendesse norma constitucional.  
(...)

Para completar o sistema, porém, seria necessário acrescentar-se um parágrafo ao art. 495 do CPC, o qual estabeleceria que “sendo a ‘ação rescisória’ fundada em violação de norma constitucional, o direito à rescisão pode ser exercido a qualquer tempo, não ficando sujeito ao prazo decadencial previsto neste artigo”.

Outra proposta *de lege ferenda* refere-se ao caso específico de ações de investigação de paternidade, proposta por Nelson Nery Jr<sup>29</sup>, dentre outros:

Existindo casos específicos identificados pela doutrina, que mereçam tratamento diferenciado no que pertine à coisa julgada – por exemplo, investigação de paternidade *secundum eventum probationis* –, somente com a modificação da lei, nela incluindo a hipótese de exceção, é que poderão ser abrandados os rigores da coisa julgada.

Além dos instrumentos internos, cogita-se da possibilidade de possíveis mecanismos “externos” serem considerados aptos a discutir comandos já acobertados pela coisa julgada, como o exame da coisa julgada interna por tribunais supranacionais.

O Estado brasileiro, através de sua adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhece inclusive a jurisdição da Corte Interamericana para o julgamento de denúncias de violação do Pacto de San José da Costa Rica. Referida Corte tem-se ocupado primordialmente de casos em que as violações recaem sobre os mais essenciais dos direitos humanos, tais como a vida, a integridade física e a liberdade, e ocorrem à margem de qualquer procedimento institucionalizado.<sup>30</sup> Porém, a tendência é que a Corte Interamericana possa ampliar seu foco de atenção, incluindo outros direitos e garantias fundamentais. Nessa evolução, assumirá extrema relevância a tutela supranacional do Processo Civil, nos moldes do que ocorreu na Europa.<sup>31</sup>

Questiona-se acerca da dificuldade de aplicação da sentença interamericana pela ausência de um instrumento jurisdicional específico. Eduardo Talamini<sup>32</sup> sustenta que, mesmo na ordem hoje vigente, constitui providência com expresse respaldo no ordenamento que a implementação desta sentença externa venha a implicar a retirada total ou parcial de eficácia de uma sentença interna revestida da coisa julgada.

#### 4 CONCLUSÃO

Nenhum sistema processual é perfeito. Admitem-se falhas em nome de um determinado valor que a sociedade elege como fundamental. No caso do sistema processual pátrio, esse valor fundamental consiste na segurança jurídica. Destarte, nos casos de conflitos judiciais é ela (segurança jurídica) que deve prevalecer.

Contudo, a oportunidade de se discutir a constitucionalidade das decisões e sua justeza é deveras ampla: há muitos prazos processuais, muitos recursos, ações incidentais, ações rescisórias, impugnações na execução, etc. Já não será suficiente toda a complexidade procedimental atualmente existente, destinada à solução dos conflitos?

A coisa julgada como garantia material essencial ao direito fundamental à segurança jurídica no Estado Democrático de Direito deve ser preservada, porque realiza também a justiça, essa considerada como a necessidade de que, após anos de discussão, chegue-se a um termo. A busca pela justiça não pode ser tanta a ponto de causar uma injustiça ainda maior: a perpetuação dos litígios e a completa insegurança das relações jurídicas.

Há um momento em que a justiça precisa de segurança, sob pena de transmutar-se em verdadeira injustiça. Às vezes, é muito mais injusta a revisão de uma sentença injusta, que acarretou situações já consolidadas, do que deixá-la intocável pela necessidade de segurança.

Os erros existentes são excepcionais e, portanto, não justificam a revisão de todo o sistema. É preciso, pois, contentar-se com suas falhas. Não é criando novas possibilidades (infinitas, por sinal) de revisão de sentenças que se assegurará a justiça. Daí concluir-se que a única coisa que nos permite aquiescermos com uma teoria errônea é a ausência de uma melhor. Analogicamente, uma injustiça é tolerada tão somente quando necessária para se evitar uma injustiça ainda maior.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JÚNIOR, Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: Jus Podivm, 2004.

- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JÚNIOR, Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual Civil*. Tradução Paulo Capitano. Campinas (SP): Bookseller, 2000, v. I. (Tradução de *Instituzioni di diritto processuale civile*.)
- DELGADO, José Augusto. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.
- GALLI, Maria Beatriz. A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *A relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. Noções teóricas fundamentais sobre a coisa julgada material. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano III, n. 5, p. 160-175, 2005.1.
- MARINONI, Luis Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JÚNIOR, Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.
- MESQUITA, Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado da ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 416, p. 9-15, jun. 1970.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004.

OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1966.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el estado de derecho*. Bologna: Publicaciones Del Real Colégio de España, 1975.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

---

<sup>1</sup> DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.) *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 95. Afirma o autor: "A segurança jurídica imposta pela coisa julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminada por desvios graves que afrontem o ideal de justiça."

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31.

<sup>3</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el estado de derecho*. Bologna: Publicaciones Del Real Colégio de España, 1975, p. 94.

<sup>4</sup> MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 43.

<sup>5</sup> MARINONI, Luis Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JÚNIOR, Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004, p. 162-163.

<sup>6</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122-123.

<sup>7</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitano. Campinas (SP): Bookseller, 2000, v. I, p. 447.

<sup>8</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 39-40.

<sup>9</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 416, p. 10-11, jun. 1970.

- <sup>10</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.
- <sup>11</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. Noções teóricas fundamentais sobre a coisa julgada material. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. III, n. 5, 2005.1, p. 165.
- <sup>12</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 42.
- <sup>13</sup> *Ibid.*, p. 32.
- <sup>14</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *A relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 4.
- <sup>15</sup> OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 65-75, *passim*.
- <sup>16</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 306-307.
- <sup>17</sup> STJ, 4.<sup>a</sup> T. REsp 226.436-PR, 28.06.01, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 04.02.02, p. 370.
- <sup>18</sup> STF, 1.<sup>a</sup> T. RE 105.012-RN, 09.02.88, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 01.07.88, p. 16.904.
- <sup>19</sup> DELGADO, *op. cit.*, p. 103
- <sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JÚNIOR., Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004, p. 182.
- <sup>21</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR., Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004, p. 197.
- <sup>22</sup> MESQUITA, Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94.
- <sup>23</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JÚNIOR, Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004, p. 26.
- <sup>24</sup> PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Fontes, 1966, p. 558.
- <sup>25</sup> ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JÚNIOR., Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004, p. 38.
- <sup>26</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 165-186, *passim*.
- <sup>27</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 631.
- <sup>28</sup> CÂMARA, *op. cit.*, p. 27-28.
- <sup>29</sup> NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p.211.
- <sup>30</sup> GALLI, Maria Beatriz. A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p.79.
- <sup>31</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 149-150.
- <sup>32</sup> TALAMINI, *op. cit.*, p. 560.

## RELATIVIZATION OF MATERIAL RES JUDICATA: THEORETICAL AND PRACTICAL DIFFICULTIES

### ABSTRACT

The doctrine of the “unconstitutional res judicata” – which proposes the relativization of the res judicata when the content of the sentence is unfair or unconstitutional – needs a detailed critical assessment as referred to the Brazilian Procedure Law, which is shaped under the Rule of Law, whose primacy consists in harmonizing essential values to life in society: safety and justice.

**KEYWORDS:** Rule of law. Safety. Justice. Res judicata. Relativization.

## RELATIVITÉ DE LA CHOSE JUGÉE MATÉRIELLE: DIFFICULTÉS THÉORIQUES ET PRATIQUES

### RÉSUMÉ

La doctrine de la “chose jugée inconstitutionnelle” - que propose la “relativité” de l’institut de la chose jugée selon l’injustice ou l’inconstitutionnalité du contenu du jugement - mérite une minutieuse analyse critique. Ici, cela se fait à la lumière du système processuel brésilien, forgé dans un État démocratique de droit, dont le primat consiste à l’harmonisation des valeurs essentielles à la vie dans société : la sécurité et la justice.

**MOTS-CLÉS:** État démocratique de droit. Sécurité. Justice. Chose jugée. Relativité.

# DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: GARANTIAS PROCESSUAIS E GARANTIAS MATERIAIS

Juraci Mourão Lopes Filho\*

1 Introdução. 2 Direitos fundamentais: direitos subjetivos e sua dimensão objetiva. 3 Direitos fundamentais e sua definição. 4 As garantias fundamentais. 5 Espécies de garantias fundamentais. 6 Garantias processuais e garantias materiais. 7 Conclusões. 8 Bibliografia.

## RESUMO

O presente artigo investiga os direitos e garantias fundamentais, destacando suas distinções e classificações e dando destacado enfoque às garantias processuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Garantias substanciais e processuais.

## 1 INTRODUÇÃO

É sabido que as constituições ocidentais modernas possuem em seu texto três temas principais: Estado, indivíduo e sociedade. Os dois primeiros eram os únicos abordados pelas constituições liberais, sendo o último típico das constituições de Estados sociais. No disciplinamento de tais temas avulta a relevância dos direitos fundamentais, que, neste momento inicial, podemos delinear como os direitos inatacáveis e imodificáveis dos indivíduos e da sociedade que permeiam a própria conformação constitucional dessas três realidades.

Tais direitos – em sua fase inicial quando ainda eram apenas direitos de liberdades – eram apenas declarados. São exemplos disto as “Declarações do Homem e do Cidadão” e a “Declaração da Filadélfia”. No entanto, o diuturno trato da matéria evidenciou que não bastava para um disciplinamento juridicamente eficaz a simples *declaração* de direitos fundamentais, era preciso se *estabelecer* proteções e meios para propiciar ou melhorar a consecução e o fomento dos direitos declarados.

---

\* Mestre em Direito Constitucional (UFC). Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFC). Professor Universitário (Graduação e Pós-graduação). Coordenador-Geral Adjunto do Curso de Direito da Faculdade Christus. Assessor do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

A dogmática jurídica, então, vislumbra dentro da mesma rubrica “Direitos Fundamentais” dois institutos jurídicos distintos: direitos fundamentais (que podemos chamar de *stricto sensu*) e garantias fundamentais. São coisas diferentes, embora guardem similitudes por serem ambas espécies do mesmo gênero.

O presente texto tem o intuito de apresentar os contornos básicos dessas duas figuras jurídicas mediante uma abordagem dogmática do assunto. De forma alguma se quer aqui encerrar verdades, mas apenas apresentar algumas considerações que julgamos úteis para compreensão de tão relevante tema.

A importância da análise do tema evidencia-se pelo fato de quanto mais se conhecer, investigar e estudar uma matéria, mais arraigada estará na pré-compreensão jurídica dos artífices do direito, irradiando-se para outros campos do Direito, sendo que nenhum outro tema mereça mais esta disseminação do que os direitos fundamentais, pautas essenciais para uma sociedade juridicamente organizada.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITOS SUBJETIVOS E SUA DIMENSÃO OBJETIVA

Dentre as clássicas figuras da ciência jurídica temos os chamados direitos subjetivos. Muita tinta já foi gasta para defini-los, sendo histórico o debate entre Savigny e Ihering, este considerando-os um interesse juridicamente protegido; aquele, uma faculdade juridicamente protegida. Para os fins do presente trabalho é despidendo adentrar nas minúcias do tema, é bastante aqui definir direito subjetivo como uma posição subjetiva de vantagem.

Considerando, pois, direito subjetivo como uma posição subjetiva de vantagem que um indivíduo tem sobre outro, de quem pode exigir uma prestação (direito subjetivo a uma prestação) ou uma sujeição (direito potestativo), vê-se que os direitos fundamentais (*lato sensu*) são sim direitos subjetivos, pois colocam os indivíduos, por sua própria condição humana, em uma posição de vantagem sobre outro (via de regra, mas não sempre, o Estado).

É certo que pairam algumas dúvidas sobre poderem as garantias fundamentais ensejar diretamente comportamentos dos indivíduos. No entanto, não podemos compartilhar desse entendimento. Os direitos fundamentais, no sentido *lato* que abrange as garantias fundamentais, sempre autorizam um certo comportamento ou exigência. E não é só. Tais direitos possuem uma dimensão objetiva, ou seja, não apenas autorizam o comportamento do particular como conformam a própria maneira de ser do Estado. Neste sentido Willis Santiago Guerra Filho bem coloca que

os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outra, objetiva, donde se fala em seu 'duplo caráter', preconizando-se a figura do *status* como mais adequada do que a do direito subjetivo para caracterizá-los. A dimensão objetiva é aquela em que os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar.<sup>1</sup>

A noção dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais teve origem em julgamento histórico do Tribunal Federal Alemão em 1949, o que demonstra quão tardia é, no Brasil, a matéria, porquanto há não mais que quinze anos passou-se a discuti-la nas academias, sendo ainda desconhecida qualquer manifestação mais evidente por parte de nossos pretórios. O caso originário ficou conhecido como o caso Lüth, no qual, segundo Luiz Roberto Barroso,

os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessão de tal conduta, por considerá-la em violação ao §826 do Código Civil (BGB) ('quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados'). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do direito civil.<sup>2</sup>

Assim, restou consagrado que os direitos fundamentais, além de ensejarem uma posição subjetiva de vantagem, instituem uma ordem objetiva de valores. Tal concepção é reforçada quando se pensa os direitos fundamentais como princípios que são mandados de otimização que devem ser observados principalmente pelo Estado sempre que for fática e juridicamente possível. Robert Alexy escreve que "los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas<sup>3</sup>."

Portanto, os direitos fundamentais, incluídas as garantias, são direitos subjetivos, no sentido de propiciarem aos indivíduos uma situação subjetiva de vantagem. Ademais, possuem uma dimensão objetiva, porquanto conformam a atividade do Estado que deve observá-los e fomentá-los sempre que for fática e juridicamente possível. Esta dimensão objetiva é de tal forma relevante que faz autores, como Willis Guerra, entenderem que sua existên-

cia impede que se considerem os direitos fundamentais apenas como direitos subjetivos.

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DEFINIÇÃO

Até o momento já tecemos várias linhas sobre direitos fundamentais. Mas, afinal, o que são eles? Vemos que são direitos com dimensão subjetiva e objetiva, tomados como mandados de otimização. Mas o que faz com que um direito seja um direito fundamental?

Carl Schmitt, bem ao modo, diz que direito fundamental é aquilo que a Constituição trata como tal, independentemente do conteúdo. Há, em contrapartida, quem confunda direito fundamental com os direitos dos homens, como os direitos ínsitos à própria condição humana. Ambos os modos de entender, no entanto, pecam pelos extremos.

Gregorio Robles dá a resposta à pergunta sobre o que torna um direito em fundamental, partindo da diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Aqueles são pautas morais internacionais que se exige sejam reconhecidas e postas em práticas<sup>4</sup>. Na mesma linha de idéias, Willis Santiago Guerra Filho entende os direitos humanos como pautas ético-políticas, situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas. Por sua vez, o autor espanhol entende direito fundamental diferenciando-os dos direitos humanos quando afirma que

los llamados derechos humanos no son verdaderos derechos, sino tan sólo una forma de hablar para referirse a criterios morales, los derechos fundamentales son auténticos derechos subjetivos a los que el ordenamiento jurídico distingue de los derechos subjetivos ordinários mediante um tratamiento normativo y procesal privilegiado. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos privilegiados<sup>5</sup>.

Dessa primeira abordagem podemos concluir alguns elementos definidores dos direitos fundamentais: a) são direitos positivados; b) gozam de tratamento normativo diferenciado.

Para bem definir direitos fundamentais é preciso entender que é necessário se ter em mente critérios de ordem material e formal. É nesse sentido que J.J. Gomes Canotilho escreve que “a ‘fundamentalidade’ (Alexy) aponta para especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”<sup>6</sup>.

Vê-se, pois, que não é somente um dado material ou formal que caracteriza um direito como direito fundamental, mas a conjugação de ambos. A ausência de um deles infirma a caracterização de um direito como fundamental.

Sobre o aspecto formal dos direitos fundamentais escreve o autor português:

A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288º/d e e); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais<sup>7</sup>.

Diante disso, percebe-se que, para ser fundamental, um direito não basta possuir certo conteúdo, mas também receber um disciplinamento diferenciado do ordenamento jurídico positivo. É preciso que desfrute de uma proeminência em relação aos demais consagrados pela ordem jurídica, que não é dada pela simples enunciação da constituição neste sentido – como entende Carl Schmitt -, mas uma séria de formalidades, dentre as quais destacamos a superioridade hierárquica e a modificação limitada ou até mesmo inviabilizada pelo legislador ordinário ou pelo constituinte derivado.

Quanto ao aspecto material dos direitos fundamentais, este é de definição mais dificultosa. Varia ao sabor das concepções acerca do que é ínsito e indispensável ao ser humano em cada sociedade. Varia, igualmente, as teorias que os fundamentam. Robert Alexy<sup>8</sup> exemplifica essa pluralidade dogmática falando da existência da teoria institucional dos direitos fundamentais, da teoria axiológica, da teoria do Estado burguês ou teoria liberal, da teoria democrático-funcional e da teoria do Estado social.

O autor critica muitas dessas teorias por apresentarem hodiernamente dois problemas, sendo o mais relevante se fundamentarem absolutamente em uma tese básica. As críticas, segundo Alexy<sup>9</sup>, têm como razão a consideração geral segundo a qual seria surpreendente, dada a variedade e complexidade daquilo que regulam os direitos fundamentais e a experiência segundo a qual as questões práticas de alguma importância sempre há que levar em conta um feixe de pontos de vistas opostos entre si, que justamente os direitos fundamentais poderiam ser resumidos em um único princípio.

No entanto, o autor alemão ressalva dessas críticas a teoria unipontual que coloca como fim último a dignidade da pessoa humana, sendo essa concepção que vem prevalecendo na ordem jurídica brasileira. Willis Santiago Guerra Filho a este propósito escreve:

Dentre os ‘princípios fundamentais gerais’, enunciados no art. 1º da Constituição de 88, merece destaque especial aquele que impõe respeito à dignidade da pessoa humana. O princípio merece formulação clássica kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã, considerando a disposição do art. 19, II, da Lei Fundamental, denomina de ‘núcleo essencial intangível’ dos direitos fundamentais. Entre nós, ainda antes de entrar em vigor a atual Constituição, a melhor doutrina já enfatizava que ‘o núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa’. Os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em ‘princípios constitucionais especiais’, que seriam a ‘densificação’ (Canotilho) ou ‘concretização’ (embora ainda em nível extremamente abstrato) daquele ‘princípio fundamental geral’, de respeito à dignidade humana.<sup>10</sup>

Destaque-se que os direitos fundamentais, a fim de preservar a dignidade humana, tiveram como centro de preocupação inicial o indivíduo isoladamente considerado (direitos fundamentais de primeira geração), sendo gradativamente ampliados para abranger direitos atinentes a determinados grupos e, finalmente, ter como objeto de cuidado a própria sociedade.

Outra importante evolução por que passaram os direitos fundamentais foi a constatação de que não são só direitos postos em favor do particular frente ao Estado, mas do particular frente a qualquer outro sujeito de direito, especialmente contra aqueles que podem de alguma forma interferir unilateralmente na esfera jurídica de outro, ou seja, contra quem pode exercer alguma forma de poder sobre outro.

Assim, os direitos fundamentais deixam de ter como centro o Estado (sendo definidos como os limites intangíveis mínimos que o Estado não pode ultrapassar) para ter como ponto convergente o indivíduo sujeito desses direitos, que passam a ser oponíveis não somente ao ente estatal, mas a qualquer outro sujeito de direitos.

Portanto, para finalizar este tópico, temos que os direitos fundamentais são aqueles direitos positivados em uma determinada ordem jurídica e que possuem formalmente proeminência frente aos demais, tendo como núcleo e fim último a dignidade da pessoa humana e que é ligada ao próprio indivíduo que pode opô-los a qualquer outro sujeito de direito, seja público ou particular.

## 4 AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Como muito apropriadamente coloca Gérson Marques<sup>11</sup>, reconheceu-se, ao longo do desenvolvimento dos direitos humanos, que não basta para efetivação destes direitos simples declarações. É indispensável que haja, também, instrumentos de defesa do indivíduo frente ao Estado. Somente assim poder-se-á falar em efetivação dos direitos individuais e segurança jurídica. Surgem, em razão disto, as garantias como instrumentos assecuratórios de direitos.

Em razão dessa função preservativa das garantias fundamentais com relação aos direitos fundamentais é que desempenham relevantíssimo papel na ordem jurídica de um Estado, pois, juntamente com Paulo Bonavides, entendemos que “sem as garantias constitucionais os direitos contidos e declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas<sup>12</sup>”. Logo em seguida arremata:

De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvessem pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos. A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ou ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curva, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege<sup>13</sup>.

É nesse momento que a doutrina constitucionalista se apercebe da distinção entre direitos e garantias fundamentais. Paulo Bonavides escreve que a garantia existe sempre em face de um direito que demanda proteção e de um perigo que deve esconjurar. Isto porque são direitos que podem ser afetados pela atuação unilateral de um terceiro (seja o próprio Estado, seja um particular). Bem coloca o autor:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se<sup>14</sup>.

Diante dessas considerações, pode-se traçar o seguinte quadro diferenciador entre direitos e garantias fundamentais:

<b>Direitos</b>	<b>Garantias</b>
- São bens em si mesmos	- São instrumentais em relação aos direitos
- Os direitos são principais	- As garantias são acessórias
- Os direitos se assentam nos indivíduos independentemente do Estado	- Reportam-se, via de regra, ao Estado em atividade de relação com os direitos
- Os direitos de liberdade são forma da pessoa agir	- As garantias são modos de o Estado e instituições sociais se organizarem e agirem
- Os direitos fundamentais valem por aquilo que vale o indivíduo	- As garantias têm valor instrumental e derivado dos direitos
- Os direitos são declarados	- As garantias são estabelecidas
- Os direitos se inserem imediatamente na esfera jurídica dos indivíduos	- As garantias se inserem mediadamente na esfera jurídica dos indivíduos

Diante disso podemos colocar que as garantias são meios de proteção ou de fomento de direitos que com elas não se confundem. São veiculadas por normas positivadas que protegem ou criam campo para melhor atuarem direitos subjetivos ou objetivos.

Impende destacar que, como já adiantado, as garantias fundamentais são direitos fundamentais se tomados estes em seu sentido lato (como aqueles que dotados de privilégios formais e ligados à dignidade da pessoa humana). A distinção aqui traçada é entre garantias fundamentais e direitos fundamentais *strito sensu*.

Assim, como os direitos, as garantias fundamentais passaram por uma evolução entre indivíduo, liberdade e instituições. Com efeito, no seu nascedouro liberal – como seria esperado – as garantias fundamentais tiveram seu foco centrado no indivíduo isoladamente considerado, a fim de assegurar-lhe o *status libertatis* colocado como valor último do Estado Liberal. Posteriormente, passou-se a não só mais se buscar uma proteção ao indivíduo, mas também a dadas realidades sociais, cuja permanência se faz necessária, o que qualifica as garantias neste aspecto como garantias institucionais, que serão mais bem analisadas a seguir.

No atual estágio evolutivo dos estudos das garantias tem-se que as garantias não são só oponíveis ao Estado, sendo também levadas para o âmbito das relações privadas.

Para uma perfeita definição do que venham a ser as garantias constitucionais valemo-nos, mais uma vez das lições de Paulo Bonavides para com ele asseverar que “chegamos, portanto, à seguinte conclusão: a garantia constitucional é uma garantia que disciplina, tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado<sup>15</sup>.”

## 5 ESPÉCIES DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

É possível se estabelecer as seguintes espécies de garantias fundamentais: a) garantias de direitos subjetivos e garantias de direitos objetivos; b) garantias qualificadas e garantias simples; c) garantias individuais e garantias institucionais; d) garantias materiais e garantias processuais.

A primeira classificação das garantias, descritas acima no item “a”, diz respeito ao objeto da proteção feita pelas garantias. Com efeito, as garantias de direito objetivo, especialmente da Constituição Federal, têm o escopo de defender a eficácia e permanência da ordem constitucional, assegurando sua aplicação e conservação contra fatores desestabilizantes. Já as garantias de direito subjetivo conduzem à capacidade de os indivíduos exigirem dos poderes públicos ou institucionais a proteção de seus direitos.

Por sua vez a qualificação entre garantias simples e garantias qualificadas, indicada acima em “b”, diz respeito àqueles a quem é oponível a garantia, se exclusivamente ao legislador ordinário, será uma garantia simples. No entanto, se a garantia também for oponível ao constituinte derivado será uma garantia qualificada.

As duas últimas classificações, indicadas nos itens “c” e “d” são as mais relevantes.

Com efeito, viu-se que a incorporação nos ordenamentos jurídicos dos Estados ocidentais de garantias não estreitamente ao indivíduo isoladamente tomado e sim a realidades sociais que se visa a preservar, saltou-se para uma nova concepção de garantias fundamentais, sendo intimamente ligadas aos direitos fundamentais de segunda geração, típicos do Estado social surgido no século XX com a Constituição mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

Paulo Bonavides<sup>16</sup> – que aqui citamos reiteradamente dado o brilhantismo de sua exposição sobre o tempo, sem paralelo na doutrina nacional – bem coloca que “uma das maiores novidades constitucionais do século XX é o reconhecimento das garantias institucionais, tão importante para a compreensão dos fundamentos do Estado social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado liberal”. Logo em seguida arremata o autor: “a garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem

como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”.

As garantias individuais, as primeiras a serem concebidas já pelas constituições liberais, têm por precípua preocupação a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Eram, pois, nos termos de Rui Barbosa, solenidades tutelares que circundam alguns direitos contra o abuso do Poder. Até hoje tais garantias possuem inegável e relevante serventia.

Por fim, a classificação entre garantias materiais e processuais, dada sua alta relevância para este texto, serão tratadas em tópico específico.

## 6 GARANTIAS PROCESSUAIS E GARANTIAS MATERIAIS

Segundo Gérson Marques<sup>17</sup>, as garantias materiais assemelham-se às chamadas garantias limites que formam o sistema de proteção organizada para a defesa tanto de instituições (realidades sociais objetivamente consideradas) como de posições subjetivas de vantagens (direitos subjetivos). São espécies destas garantias materiais a proibição de censura e a vedação ao confisco. Podemos perceber que as garantias materiais criam posições subjetivas de vantagem contra o Estado ou particulares, ensejando um espaço (surgindo pela restrição da atuação de ambos) em que se permite a prática mais eficaz de uma outra posição de vantagens, ou impondo ao Estado que crie esse espaço para atuação dos direitos garantidos.

Escreve ainda o dileto professor que

ao lado das garantias materiais, há as garantias processuais. As garantias processuais são aquelas que dizem respeito ao processo em si, assegurando os direitos das partes pela via processual, qualquer que seja o tipo de processo: civil, penal, trabalhista... algumas dessas garantias alcançam as modalidades de processo não-judicial, exatamente porque se voltam a assegurar o acesso do cidadão à tutela estatal de seus direitos em geral. Constituem garantias processuais o direito ao devido processo legal (feição processual), à ampla defesa, o direito de prova, à imparcialidade das decisões, ao juiz natural, ao justo processo, à recursividade, à prova lícita, à igualdade de tratamento no âmbito do processo.<sup>18</sup>

Especialmente as garantias processuais vêm ganhando importância nos mais recentes estudos do direito, especialmente com as doutrinas de Elio Fazzalari (com seu específico conceito de processo e a processualidade ampla) e Niklas Luhmann (com sua legitimação pelo procedimento).

Partindo de estudos dos atos administrativos, Fazzalari percebeu uma realidade própria distinta dos atos simples, compostos ou complexos, a qual denominou de procedimento. Para ele,

gli amministrativisti hanno elaborato la disciplina e il concetto del 'procedimento' proprio partendo dal modello delle attività di giustizia, come a ovvio archetipo; senza però, pervenire alla constatazione che tale modello non è esclusivo della giustizia, sibbene è un schema di teoria generale, utilizzabile e utilizzato al di là della giurisdizione, in qualsiasi settore dell'ordinamento, e così, in quello della pubblica amministrazione.<sup>19</sup>

Caracteriza o procedimento um conjunto de atos prévios, coordenados e concatenados entre si, distinto do ato final. Quando este procedimento previr a possibilidade de participação daqueles indivíduos afetados pelo ato final, mediante contraditório e ampla defesa, ele configurará o processo propriamente dito. Escreve ele:

il 'processo' è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività<sup>20</sup>.

Nessa linha de raciocínio, Fazzalari proclama que toda utilização de poder, ou seja, a prática de um ato que unilateralmente afete a esfera jurídica de um indivíduo, seja pelo Estado ou por instituição particular, deverá ser precedida de um processo no sentido acima descrito. A garantia do devido processo legal, pois, é oponível amplamente sempre que o sujeito possa ser afetado por um ato unilateral de outro sujeito. O processo administrativo disciplinar, prévio à aplicação da pena de demissão, e o processo dentro de um partido, antes da expulsão de um de seus membros, podem ser utilizados como exemplo de incidência da garantia processual ampla ao devido processo legal, que é a mais fundamental das garantias processuais.

A necessidade desse manejo do processo – ou até mesmo de um procedimento – previamente ao exercício de poder que afetará a esfera de um particular também se justifica ao se analisar sob o enfoque da teoria de Niklas Luhmann sobre a legitimação pelo procedimento. Para este doutrinador as tomadas de decisões e o exercício do poder serão mais bem aceitos pelos indivíduos se eles participarem ativamente do conjunto de atos prévios a eles. Já no prefácio de sua obra, escreve:

Ao pensamento liberal sobre direito, estado e sociedade, que se vai liberando do tesouro da antiga tradição europeia, pertence a hipótese de que os procedimentos legalmente organizados podem contribuir ou mesmo levar à legitimação de opções obrigatórias do ponto de vista jurídico. Consciente ou inconscientemente, esta tese foi concebida para substituir o antigo modelo europeu de uma ordem hierárquica de fontes e matérias jurídicas. Parece deixar entrever mais sinceridade para o estabelecimento de normas, maior elasticidade e adaptabilidade do direito e um

potencial mais elevado para transformações estruturais da sociedade. Tal como a categoria do contrato para o âmbito da ‘sociedade’, assim a categoria do procedimento para o âmbito do ‘estado’ parece apresentar aquela fórmula mágica que combina a mais alta medida de segurança e liberdade que se pode praticar concretamente no dia-a-dia e que transmite, enquanto instituição, todas as resoluções do futuro. Contrato e procedimento parecem, numa perspectiva evolucionária, aquisições improváveis que permitem à época atual estabelecer sobre a variabilidade e eliminar qualquer futuro possível<sup>21</sup>.

Como se vê, as garantias constitucionais processuais desfrutam nos dias presentes de eminentes cuidados por parte da doutrina, seja para permitir um controle sobre os atos de poder (atos que unilateralmente praticados têm o condão de afetar validamente a esfera jurídica de outro), seja para ensejar a legitimidade dos mesmos atos (que são considerados como que consentidos). A relação entre processo e constituição, mediante o fio condutor, que são as garantias ora tratadas, vem se intensificando a cada dia, a ponto de se falar de uma Teoria Processual da Constituição, sobre a qual deixamos de tecer aqui maiores comentários por não condizer com os fins deste trabalho. Convém, porém, assentar que a relação entre processo e constituição, segundo Cândido Rangel Dinamarco,

revela ao estudioso dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (‘jurisdição constitucional das liberdades’), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.<sup>22</sup>

## 7 CONCLUSÃO

De todo o exposto até aqui, exurgem as seguintes conclusões:

a) os direitos fundamentais, incluídas as garantias, são direitos subjetivos, no sentido de propiciarem aos indivíduos uma situação subjetiva de vantagem. Ademais, possuem uma dimensão objetiva, porquanto conformam a atividade do Estado que deve observá-los e fomentá-los sempre que for fática e juridicamente possível;

b) os direitos fundamentais são aqueles direitos positivados em uma determinada ordem jurídica e que possuem formalmente proeminência frente aos demais, tendo como núcleo e fim último a dignidade da pessoa huma-

na e que é ligada ao próprio indivíduo que pode opô-los a qualquer outro sujeito de direito, seja público ou particular;

c) a garantia constitucional é uma garantia que disciplina, tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado;

d) É possível se estabelecer as seguintes espécies de garantias fundamentais: d.1.) garantias de direito subjetivo e garantias de direitos subjetivos; d.2.) garantias qualificadas e garantias simples; d.3.) garantias individuais e garantias institucionais; d.4.) garantias materiais e garantias processuais;

e) as garantias de direito objetivo, especialmente da Constituição Federal, têm o escopo de defender a eficácia e permanência da ordem constitucional, assegurando sua aplicação e conservação contra fatores desestabilizantes. Já as garantias de direito subjetivo conduzem à capacidade de os indivíduos exigirem dos poderes públicos ou institucionais a proteção de seus direitos;

f) as garantias qualificadas são aquelas oponíveis ao legislador ordinário e ao constituinte derivado, enquanto as garantias simples são oponíveis apenas àquele;

g) as garantias individuais, típicas do Estado liberal, têm como preocupações principais a liberdade, o patrimônio e a segurança, sendo centradas nos indivíduos isoladamente considerados. Por sua vez, as garantias institucionais ligam-se a dadas realidades sociais as quais se quer preservar;

h) segundo Gérson Marques, as garantias materiais assemelham-se às chamadas garantias limites que formam o sistema de proteção organizada para a defesa dos direitos. As garantias processuais são aquelas que dizem respeito ao processo em si, assegurando os direitos das partes pela via processual, qualquer que seja o tipo de processo;

i) as teorias de Elio Fazzalari (com seu específico conceito de processo e a processualidade ampla) e de Niklas Luhmann (com sua legitimação pelo procedimento) contribuíram grandemente para o fortalecimento das garantias processuais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p.1-42, abr/jun. 2005.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1986.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales y la ética em la soiedad actual*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1995.

---

<sup>1</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 46.

<sup>2</sup> BARROSO, Luiz Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240, abr/jun.2005.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.86.

<sup>4</sup> ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1995, p. 18-19.

<sup>5</sup> ROBLES, op.cit., p.21-22.

<sup>6</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 354.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 355.

<sup>8</sup> ALEXY, op.cit., p.36.

<sup>9</sup> ALEXY, op.cit., p.37.

<sup>10</sup> GUERRA FILHO, op.cit., p.163-164.

<sup>11</sup> MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33-34.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 488.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p.484.

<sup>15</sup> *Ibid.*,p. 493.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p.492.

<sup>17</sup> MARQUES DE LIMA, *op.cit.*, p. 56.

<sup>18</sup> MARQUES DE LIMA, *op.cit.*, p. 57.

<sup>19</sup> FAZZLARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1986, p. 72-73.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>21</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

<sup>22</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

## FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS AND THEIR PROTECTION

### ABSTRACT

This article examines the fundamental rights and freedoms and the juridical possibilities for their protection, highlighting their differences and, especially, the assurances found in legal proceedings.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights and Freedoms. Assurances in general and in legal proceedings.

## DROITS ET GARANTIES FONDAMENTAUX – GARANTIES PROCÉDURALES ET GARANTIES MATÉRIELLES

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur les droits et garanties fondamentaux dont soulève à la fois leurs distinctions et leurs classifications. Aussi il est en question de mettre en évidence les garanties procédurales.

**MOTS-CLÉS:** Droits fondamentaux. Garanties substantielles et processuelles.

# NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O TRIUNFO TARDIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL)

Luís Roberto Barroso\* \*\*

Introdução. Parte I Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. I Marco histórico. II Marco filosófico. III Marco teórico. 1 A força normativa da Constituição. 2 A expansão da jurisdição constitucional. 3 A nova interpretação constitucional. Parte II A constitucionalização do Direito. I Generalidades. II Origem e evolução do fenômeno. III A constitucionalização do Direito no Brasil. 1 O direito infraconstitucional na Constituição. 2 A constitucionalização do direito infraconstitucional. 3 Constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática. IV Alguns aspectos da constitucionalização do Direito. 1 Direito Civil. 2 Direito Administrativo. 3 Direito Penal. V Constitucionalização e judicialização das relações sociais. Conclusão

## RESUMO

Busca-se analisar as rupturas paradigmáticas que o novo direito constitucional vem sofrendo sob os auspícios do pós-positivismo, cujos efeitos se pode sentir em termos de normatividade, jurisdição e interpretação constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo. Interpretação constitucional. Constitucionalização do Direito.

*“Chega de ação. Queremos promessas”.*

Anônimo

---

\* Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School* e Doutor Livre-Docente pela UERJ.

\*\* Este trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante minha estada na Universidade de San Francisco (USFCA). Sou grato a Jack Garvey pelo convite e por ter tornado a vida mais fácil durante minha estada por lá. Sou igualmente grato a Nelson Diz, Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto por haverem lido os originais e formulado críticas e sugestões valiosas, bem como a Eduardo Mendonça, Teresa Melo e Danielle Lins pela ajuda inestimável na pesquisa e na revisão do texto.

## INTRODUÇÃO

Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes<sup>1</sup> e a *insegurança* é a característica da nossa era<sup>2</sup>.

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

O artigo que se segue procura estudar as causas e os efeitos das transformações ocorridas no Direito Constitucional contemporâneo, lançando sobre elas uma visão positiva e construtiva. Procura-se oferecer consolo e esperança. Alguém dirá que parece um texto de auto-ajuda. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

### PARTE I

## NEOCONSTITUCIONALISMO E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Nos três tópicos que se seguem, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo Direito Constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

### I Marco histórico

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de

redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a II Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de direito, Estado Constitucional Democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã<sup>3</sup>), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo Direito Constitucional.

No caso brasileiro, o renascimento do Direito Constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso<sup>4</sup>.

Sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O

surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

## **II Marco filosófico**

O marco filosófico do novo Direito Constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo<sup>5</sup>.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o Direito Natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do Positivismo Jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da II Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito<sup>6</sup>.

A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia<sup>7</sup>.

### III Marco teórico

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do Direito Constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

#### 1 *A força normativa da Constituição*

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à II Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha<sup>8</sup> e, com maior retardo, na Itália<sup>9</sup>. E, bem mais à frente, em Portugal<sup>10</sup> e na Espanha<sup>11</sup>. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis<sup>12</sup>. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

#### 2 *A expansão da jurisdição constitucional*

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do

Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*. O caso francês será objeto de menção à parte.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura<sup>13</sup>. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade<sup>14</sup> e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>15</sup>.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas<sup>16</sup>. De 1988 até abril de 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn), 9 Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) e 69 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional n. 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da *repercussão geral* da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso<sup>17</sup>.

### 3 A nova interpretação constitucional

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. *supra*) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade<sup>18</sup>.

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico<sup>19</sup>. Proceda-se, a seguir, a uma breve comparação entre os dois modelos.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do *juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como re-

gras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*<sup>20</sup>.

Com o avanço do Direito Constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Estas transformações noticiadas acima, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloqüente pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Abaixo uma breve nota sobre cada uma delas.

As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação<sup>21</sup>.

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance<sup>22</sup>.

A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais<sup>23</sup>, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais<sup>24</sup>. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*<sup>25</sup>. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. *infra*) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

Chega-se, por fim, à *argumentação*<sup>26</sup>, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos *casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos<sup>27</sup>.

Em suma: o Neoconstitucionalismo ou novo Direito Constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais po-

dem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e Ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

## PARTE II A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

### I Generalidades

A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando<sup>28</sup>.

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico<sup>29</sup>. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas.

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*,

além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

## II Origem e evolução do fenômeno

O estudo que se vem empreendendo até aqui relata a evolução do Direito Constitucional na Europa e no Brasil ao longo das últimas décadas. Este processo, que passa pelos marcos históricos, filosóficos e teóricos acima expostos, conduz ao momento atual, cujo traço distintivo é a constitucionalização do Direito. A aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional foram ritos de passagem para o modelo atual<sup>30</sup>. O leitor atento já terá se dado conta, no entanto, de que a seqüência histórica percorrida e as referências doutrinárias destacadas não são válidas para três experiências constitucionais marcantes: as do Reino Unido, dos Estados Unidos e da França. O caso francês será analisado um pouco mais à frente. Um breve comentário é pertinente sobre os outros dois.

No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of the law*, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das Cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês adotou, em 1998, o “Human Rights Act”, incorporando ao direito interno a Convenção Européia de Direitos Humanos<sup>31</sup>. Mas mesmo que se concedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês<sup>32</sup>. No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento, e não da Constituição.

Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em *O Federalista* e precedente

jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte. Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea<sup>33</sup>. O grande debate doutrinário nos Estados Unidos é acerca da legitimidade e dos limites da atuação do Judiciário na aplicação de valores substantivos e no reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontrem expressos na Constituição (v. infra).

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores<sup>34</sup>. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso *Lüth*<sup>35</sup>, julgado em 15 de janeiro de 1958<sup>36</sup>.

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “revolução de idéias”<sup>37</sup>, especialmente no Direito Civil. De fato, ao longo dos anos subseqüentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e Direito Internacional Privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação<sup>38</sup>. De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homossexuais (homoafetivas)<sup>39</sup> e direito dos contratos<sup>40</sup>.

Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. O processo de constitucionalização do Direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da Disposição Constitucional Transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas *preceptivas*, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de *princípio* ou *programáticas*, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove

primeiros anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário<sup>41</sup>.

Somente com a instalação da Corte Constitucional – e, aliás, desde a sua primeira decisão – as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A Corte desenvolveu um conjunto de técnicas de decisão<sup>42</sup>, tendo enfrentado, durante os primeiros anos de sua atuação, a arraigada resistência das instâncias ordinárias e, especialmente, da Corte de Cassação, dando lugar a uma disputa referida, em certa época, como “guerra das cortes”<sup>43</sup>. A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da constitucionalização do Direito e da própria Corte Constitucional se manifestou em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretção das normas infraconstitucionais em vigor.

De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus, em decisões da seguinte natureza: 8 de invalidação, 12 interpretativas e 34 aditivas<sup>44</sup> (sobre as características de cada uma delas, v. nota ao parágrafo anterior). Foram proferidos julgados em temas que incluíram adultério<sup>45</sup>, uso do nome do marido<sup>46</sup> e direitos sucessórios de filhos ilegítimos<sup>47</sup>, em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito de família, inclusive em relação ao divórcio, no direito à adoção e no direito do trabalho. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada “descodificação” do direito civil<sup>48</sup>.

Na França, o processo de constitucionalização do Direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor<sup>49</sup>. De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de julho de 1971<sup>50</sup>. A ela seguiu-se a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliando a legitimidade para suscitar-se a atuação do Conselho Constitucional<sup>51</sup>. Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a *impregnação* da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição<sup>52</sup>. Tal processo de constitucionalização do Direito, cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação<sup>53</sup>.

### III A constitucionalização do Direito no Brasil

#### 1 O direito infraconstitucional na Constituição

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa<sup>54</sup>.

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável<sup>55</sup>, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

#### 2 A constitucionalização do direito infraconstitucional

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a

passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o Direito Civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria Teoria Geral do Direito era estudada dentro do Direito Civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a “descodificação” do Direito Civil<sup>56</sup>, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003<sup>57</sup>.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional<sup>58</sup>.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);

b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir.

Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

### *3 A constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática*

A constitucionalização do Direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal. Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;

b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;

c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador<sup>59</sup>;

d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:

(i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;

(ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição<sup>60</sup>.

Aprofunde-se um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição. Independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o

texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia. De outra parte, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria<sup>61</sup>.

Pois bem. As modernas técnicas de interpretação constitucional – como é o caso da interpretação conforme a Constituição – continuam vinculadas a esse pressuposto, ao qual agregam um elemento inexorável. A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas<sup>62</sup>, seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos. A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, permanecendo a norma no ordenamento. Por esse mecanismo se reconciliam o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade. Naturalmente, o limite de tal interpretação está nas possibilidades semânticas do texto normativo<sup>63</sup>.

## IV Alguns aspectos da constitucionalização do Direito

### 1 *Direito Civil*<sup>64</sup>

As relações entre o Direito Constitucional e o Direito Civil atravessaram, nos últimos dois séculos, três fases distintas, que vão da indiferença à convivência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao Direito Constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao Direito Civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, Direito Constitucional e Direito Civil não se integravam nem se comunicavam entre si. Veja-se cada uma das etapas desse processo de aproximação lenta e progressiva:

#### 1ª. fase: *Mundos apartados*

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a “Constituição do direito privado”. Nessa etapa histórica, o papel

da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o Direito Civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.

### 2ª. fase: *Publicização do Direito Privado*

O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou – inclusive o brasileiro – baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o Direito Civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado<sup>65</sup>.

### 3ª. fase: *Constitucionalização do Direito Civil*

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”<sup>66</sup>. A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o Direito Civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o Direito Civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral<sup>67</sup>. Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam.

O primeiro deles diz respeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana* na nova dogmática jurídica. Ao término da II Guerra Mundial, tem início a *reconstrução* dos direitos humanos<sup>68</sup>, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana<sup>69</sup>, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas<sup>70</sup>, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III). A

dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas<sup>71</sup>, expressando-se em diferentes dimensões<sup>72</sup>. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma *despatrimonialização*<sup>73</sup> e uma *repersonalização*<sup>74</sup> do Direito Civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.

O segundo desenvolvimento doutrinário que comporta uma nota especial é a *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*<sup>75</sup>. O debate remonta à decisão do caso *Lüth* (v. *supra*), que superou a rigidez da dualidade público-privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil. O tema envolve complexidades e não será aprofundado aqui. As múltiplas situações suscetíveis de ocorrerem no mundo real não comportam solução unívoca<sup>76</sup>. Nada obstante, com exceção da jurisprudência norte-americana (e, mesmo assim, com atenuações), há razoável consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. A divergência nessa matéria reside, precisamente, na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Doutrina e jurisprudência dividem-se em duas correntes principais:

- a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;
- b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado.

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais)<sup>77</sup>.

O processo de constitucionalização do Direito Civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável<sup>78</sup>. Ainda se levantam,

aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do Direito Civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o Direito Privado<sup>79</sup>. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.

## 2 Direito Administrativo<sup>80</sup>

O Direito Constitucional e o Direito Administrativo têm origem e objetivos comuns: o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do Estado. Nada obstante, percorreram ambos trajetórias bem diversas, sob influência do paradigma francês. De fato, o Direito Constitucional passou o século XIX e a primeira metade do século XX associado às categorias da política, destituído de força normativa e aplicabilidade direta e imediata (v. *supra*). O direito administrativo, por sua vez, desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo e arrebatou a disciplina da Administração Pública. A existência de uma jurisdição administrativa dissociada da atuação judicial e o prestígio do Conselho de Estado francês deram ao Direito Administrativo uma posição destacada no âmbito do Direito Público<sup>81</sup>, associando-o à continuidade e à estabilidade das instituições<sup>82</sup>. Somente após a II Guerra Mundial, com o movimento de constitucionalização, esta situação de preeminência iria se modificar.

Não se vai reconstituir o histórico da relação entre o direito constitucional e o Direito Administrativo, que é feito pelos administrativistas em geral<sup>83</sup> e desviaria o foco da análise que aqui se quer empreender. Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do Direito Administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do Direito Administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

A presença de dispositivos sobre a Administração Pública nas Constituições modernas tem início com as Cartas italiana e alemã, em precedentes que foram ampliados pelos Textos português e espanhol. A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública (v. *supra*), com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo<sup>84</sup> e a enunciação expressa de princípios setoriais do Direito Administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.98, acrescentou ao

elenco o princípio da eficiência<sup>85</sup>. A propósito, a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade<sup>86</sup>.

De parte isso, deve-se assinalar que o perfil constitucional do Estado brasileiro, nos domínios administrativo e econômico, foi alterado por um conjunto amplo de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas e por legislação infraconstitucional, e que podem ser agrupadas em três categorias: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial. Foi nesse contexto que surgiram as agências reguladoras, via institucional pela qual se consumou a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica<sup>87</sup>.

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do Direito Administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais<sup>88</sup>. Dentre eles é possível destacar:

- a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) *primário* – isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social – e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário<sup>89</sup>. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto<sup>90</sup>.

- b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autori-

zasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz)<sup>91</sup>.

Um último comentário se impõe nesse passo. Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do Direito Administrativo como caracterizadores de uma *privatização do Direito Público*, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da *publicização do Direito Privado*. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de Direito Público para o Direito Privado e, simetricamente, traz institutos de Direito Privado para o Direito Público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa<sup>92</sup>.

### 3 Direito Penal

A repercussão do Direito Constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de Direito Penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º (v. *supra*). Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas<sup>93</sup>, assim como impede a criminalização de outras<sup>94</sup>. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais

ou da transformação dos costumes<sup>95</sup>, assim como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável<sup>96</sup>.

A constitucionalização do Direito Penal suscita um conjunto instigante e controvertido de idéias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes<sup>97</sup>. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica<sup>98</sup>. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve *ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade<sup>99</sup>; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição<sup>100</sup>.

Uma hipótese específica de constitucionalização do Direito Penal suscitou candente debate na sociedade e no Supremo Tribunal Federal: a da legitimidade ou não da interrupção da gestação nas hipóteses de feto anencefálico. Na ação constitucional ajuizada pediu-se a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não incidência naquela situação de inviabilidade fetal. A grande questão teórica em discussão era a de saber se, ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição – que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador<sup>101</sup>.

Não é propósito desse estudo, voltado para uma análise panorâmica, percorrer caso a caso o impacto da Constituição sobre os diferentes segmentos do Direito. A constitucionalização, como já observado, manifesta-se de maneira difusa pelos diferentes domínios, ainda que em graus variados. As idéias gerais apresentadas são válidas, portanto, para todos os ramos, aí incluídos o Direito do Trabalho, o Direito Comercial, o Direito Ambiental, o Direito Processual e assim por diante.

## V Constitucionalização e judicialização das relações sociais

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido

às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional<sup>102</sup>.

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo.

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final<sup>103</sup>. Vejam-se abaixo, ilustrativamente, alguns dos temas e casos que foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);

(ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

(iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal;

(iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, *jurídicos*, mas a natureza da função é inegavelmente *política*, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.

Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que é a da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Relativamente ao controle de constitucionalidade das normas, já há alguma literatura recente<sup>104</sup>. No tocante ao controle de constitucionalidade de políticas públicas, o tema só agora começa a ser desbravado<sup>105</sup>. Vale a pena investir uma energia final nessa matéria.

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, esta possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional nº 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo exposto, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contra-majoritário*<sup>106</sup>: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação<sup>107</sup>.

A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas<sup>108</sup>.

O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia<sup>109</sup> constitucional contemporânea, pelo mundo afora. Como as nuvens, o tema tem percorrido trajetórias variáveis, em função de ventos circunstanciais, e tem assumido formas as mais diversas: ativismo *versus* contenção judicial; interpretativismo *versus* não-interpretativismo; constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial. A terminologia acima deixa traçar a origem do debate: a discussão existente sobre a matéria nos Estados Unidos, desde os primórdios do constitucionalismo naquele país. A seguir uma palavra sobre a experiência americana.

A atuação pró-ativa da Suprema Corte, no início da experiência constitucional americana, foi uma bandeira do pensamento conservador. Não há surpresa nisso: ali se encontrou apoio para a política da segregação racial<sup>110</sup> e para a invalidação das leis sociais em geral<sup>111</sup>, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte<sup>112</sup>. A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, nas presidências Warren e Burger, produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais<sup>113</sup>, incluindo negros, presos e mulheres, bem como questões relativas a privacidade e aborto<sup>114</sup>.

Pelos anos seguintes, o debate central na teoria constitucional norteamericana contrapôs, de um lado, liberais (ou progressistas), favoráveis ao *judicial review* e a algum grau de ativismo judicial, e, de outro, conservadores, favoráveis à auto-contenção judicial e a teorias como originalismo e não-interpretativismo<sup>115</sup>. De algum tempo para cá, em razão do amplo domínio republicano e conservador, com reflexos na jurisprudência da Suprema Corte, alguns juristas liberais vêm questionando o que denominam “supremacia judicial” e defendendo um ainda impreciso constitucionalismo popular, com a “retirada da Constituição dos tribunais”<sup>116</sup>.

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado<sup>117</sup>. No geral, o processo político majori-

tário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los<sup>118</sup>. O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contra-majoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação<sup>119</sup>.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais<sup>120</sup>. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa. Os diversos outros ingredientes da vivência brasileira espantam os riscos de tédio ou marasmo, embora provoquem sustos paralisantes. A difícil tarefa de construir as instituições de um país que se atrasou na História exige energia, idealismo e imunização contra a amargura. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

## CONCLUSÃO

O novo Direito Constitucional ou Neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatí-

veis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional.

---

<sup>1</sup> Bertold Brecht, Elogio da dialética. In: *Antologia poética*, 1977.

<sup>2</sup> John Kenneth Galbraith, *A era da incerteza*, 1984.

<sup>3</sup> A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de “Lei Fundamental”, que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

<sup>4</sup> V. Luis Roberto Barroso, Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

<sup>5</sup> Autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993. V. Albert Calsamiglia, Postpositivismo, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”.

<sup>6</sup> Para um estudo mais aprofundado do tema, com referências bibliográficas, v. Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, t. III.

<sup>7</sup> V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41: “De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias”.

<sup>8</sup> Trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse, La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. O texto, no original alemão, correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, é de 1959. Há uma versão em língua portuguesa: *A força normativa da Constituição*, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

- <sup>9</sup> V. Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.
- <sup>10</sup> V. J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 e ss..
- <sup>11</sup> Sobre a questão em perspectiva geral e sobre o caso específico espanhol, vejam-se, respectivamente, dois trabalhos preciosos de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; e *La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.
- <sup>12</sup> Luís Roberto Barroso, A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?. In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986; e tb. *A força normativa da Constituição: Elementos para a efetividade das normas constitucionais*, 1987, tese de livre-docência apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, publicada sob o título *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990 (data da 1ª edição). Na década de 60, em outro contexto e movido por preocupações distintas, José Afonso da Silva escreveu sua célebre tese *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.
- <sup>13</sup> Desde a sua criação até a configuração que lhe foi dada pela Constituição de 1969, o direito de propositura da “representação de inconstitucionalidade” era monopólio do Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 rompeu com esta hegemonia, prevendo um expressivo elenco de legitimados ativos no seu art. 103.
- <sup>14</sup> Introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. V, ainda, Lei nº 9.868, de 10.11.1999.
- <sup>15</sup> V. Lei nº 9.882, de 3.12.99. Antes da lei, prevalecia o entendimento de que o mecanismo não era aplicável.
- <sup>16</sup> As ações diretas no direito constitucional brasileiro são a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a), a ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, I, a, e 103, § 4º) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Há, ainda, duas hipóteses especiais de controle concentrado: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a ação direta interventiva (art. 36, III). Sobre o tema do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, v. dentre muitos: Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000; Ronaldo Poletti, *Controle da constitucionalidade das leis*, 2001; Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002; Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2003; e Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.
- <sup>17</sup> A EC nº 45/2004 introduziu o § 3º do art. 102, com a seguinte dicção: “§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.
- <sup>18</sup> V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003.
- <sup>19</sup> No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável. Em visão aparentemente diversa, v. Virgílio Afonso da Silva, *Intepretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, 2005.
- <sup>20</sup> Identificada a norma aplicável, procede-se ao enquadramento do fato no relato da regra jurídica, pronunciando-se a conclusão. Um raciocínio, portanto, de natureza silogística, no qual a norma é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a conclusão é a sentença.
- <sup>21</sup> As cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito – de longa data elas integram a técnica legislativa – nem são privativas do direito constitucional – podem ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito. Um exemplo real, amplamente divulgado pela imprensa: quando da morte da cantora Cássia Eller, disputaram a posse e guarda do seu filho, à

época com cinco anos, o avô materno e a companheira da artista. O critério fornecido pela Constituição e pela legislação ao juiz era o de atender ao “melhor interesse do menor”. Sem o exame dos elementos do caso concreto e sua adequada valoração, não era possível sequer iniciar a solução do problema.

<sup>22</sup> Tome-se, como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e veja-se a divergência quanto à sua interpretação, manifestada por dois juristas da nova geração, criados no mesmo ambiente acadêmico. Ana Paula de Barcellos situa o mínimo existencial no âmbito da dignidade humana e dele extrai os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305). Dessa posição diverge Daniel Sarmento, por entender inadequada a escolha de algumas prestações sociais, com exclusão de outras que, a seu ver, são igualmente direitos fundamentais, como o direito à “saúde curativa” (*Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 114).

<sup>23</sup> Note-se que há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa).

<sup>24</sup> Sobre o tema das restrições aos direitos fundamentais, v. Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, 2004, tese de doutoramento apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

<sup>25</sup> Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000.

<sup>26</sup> Sobre o tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: A nova retórica*, 1996 (1ª. edição do original *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, 1958); Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989 (1ª. edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e argumentação*, 2003; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, *Notas sobre direito, argumentação e democracia*. In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999.

<sup>27</sup> Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, 2005. V. tb. Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978.

<sup>28</sup> Embora não se possa negar que a presença, na Constituição, de normas cujo conteúdo pertence a outros ramos do Direito (civil, administrativo, penal) influencie a interpretação do direito infraconstitucional correspondente. Votar-se-á ao ponto mais à frente.

<sup>29</sup> Alguns autores têm utilizado os termos *impregnar* e *impregnação*, que em português, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu – notável divulgador do direito constitucional na França, falecido em 2004 –, *La constitutionnalization du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191: “Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação”. E, também, Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

<sup>30</sup> Alguns autores procuraram elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do Direito. É o caso de Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 50 e ss., que inclui entre elas: (i) uma Constituição rígida; (ii) a garantia jurisdiccional da Constituição; (iii) a força vinculante da Constituição; (iv) a “sobreinterpretação” da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

<sup>31</sup> A nova lei somente entrou em vigor em 2000.

<sup>32</sup> A propósito, e em desenvolvimento de certo modo surpreendente, deve ser registrada a aprovação do Constitutional Reform Act, de 2005, que previu a criação de uma Suprema Corte (In: [www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm), visitado em 8 ago. 2005). Assinala-se a curiosidade de, não existindo uma Constituição escrita, ter sido aprovado, não obstante, um ato que a reforma.

<sup>33</sup> Veja-se, a este propósito, exemplificativamente, a jurisprudência que se produziu em matéria de direito processual penal, pela submissão do *common law* dos Estados aos princípios constitucionais. Em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, considerou-se ilegítima a busca e apreensão feita sem mandado, como exigido pela 4ª. Emenda. Em *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, entendeu-se que a 6ª. emenda assegurava a todos os acusados em processo criminal o direito a um advogado. Em *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, impôs-se à autoridade policial, na abordagem de um suspeito, que comunique a ele que a) tem o direito de permanecer calado; b) tudo que disser poderá e será usado contra ele; c) tem direito a consultar-se com um advogado antes de depor e que este poderá estar presente ao interrogatório; d) caso não tenha condições financeiras para ter um advogado, um poderá ser-lhe designado. V. Kermit L. Hall, *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; Paul C. Bartholomew e Joseph F. Menez, *Summaries of leading cases on the Constitution*, 1980; Duane Lockard e Walter F. Murphy, *Basic cases in constitutional law*, 1992. Para uma análise objetiva e informativa sobre este e outros aspectos, em língua portuguesa, v. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, *Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*. In: José Adércio Leite Sampaio, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, 2003.

<sup>34</sup> Sobre a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na literatura em língua portuguesa, v. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2001, p. 149, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 214, e Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 371.

<sup>35</sup> Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação do § 826 do Código Civil (BGB) (“Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

<sup>36</sup> *BverfGE* 7, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37: “Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso”.

Esta decisão é comentada por inúmeros autores nacionais, dentre os quais: Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 220-2, onde descreve brevemente outros dois casos: “Blinkfuer” e “Wallraff”; Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 141 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 416 e ss.; e Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 105 e ss..

<sup>37</sup> Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 85.

<sup>38</sup> Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 87-8, com identificação de cada uma das leis. A jurisprudência referida na seqüência do parágrafo foi localizada a partir de referências contidas nesse texto.

<sup>39</sup> Em um primeiro momento, em nome do princípio da igualdade, uma lei de 16 de fevereiro de 2001 disciplinou as uniões homossexuais, pondo fim à discriminação existente. Em um segundo momento,

esta lei foi objeto de argüição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que afrontaria o art. 6º, I da Lei Fundamental, pelo qual “o casamento e a família são colocados sob proteção particular do Estado”, ao legitimar um outro tipo de instituição de direito de família, paralelo ao casamento heterossexual. A Corte não acolheu o argumento, assentando que a nova lei nem impedia o casamento tradicional nem conferia à união homossexual qualquer privilégio em relação à união convencional (1 BvF 1/01, de 17 jul. 2002, com votos dissidentes dos juízes Papier e Hass, v. sítio [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), visitado em 4 ago. 2005).

<sup>40</sup> Um contrato de fiança prestada pela filha, em favor do pai, tendo por objeto quantia muitas vezes superior à sua capacidade financeira foi considerado nulo por ser contrário à moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, *Table ronde: Le cas de l’Allemagne*. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 90); um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou a alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma parte sobre a outra (1 BvR 12/92, de 6 fev 2001, unânime, v. sítio [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), visitado em 4 ago. 2005); um pacto sucessório que impunha ao filho mais velho do imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições ali impostas foi considerado nulo por violar a liberdade de casamento (1 BvR 2248/01, de 22 mar 2004, unânime, v. sítio [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de) visitado em 4 ago. 2005).

<sup>41</sup> Sobre o tema, v. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968; Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e Thierry Di Manno, *Code Civil e Constituion en Italie*. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005.

<sup>42</sup> Além das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, a Corte utiliza diferentes técnicas, que incluem: 1) *decisões interpretativas*, que correspondem à interpretação conforme a Constituição, podendo ser (a) com *recusa* da argüição de inconstitucionalidade, mas afirmação da interpretação compatível ou (b) com *aceitação* da argüição de inconstitucionalidade, com declaração de inconstitucionalidade da interpretação que vinha sendo praticada pela jurisdição ordinária, em ambos os casos permanecendo em vigor a disposição atacada; 2) *decisões manipuladoras*, nas quais se dá a aceitação da argüição de inconstitucionalidade e, além da declaração de invalidade do dispositivo, a Corte vai além, proferindo (a) *sentença aditiva*, estendendo a norma à situação nela não contemplada, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade; e b) *sentença substitutiva*, pela qual a Corte não apenas declara a inconstitucionalidade de determinada norma, como também introduz no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova. Sobre o tema, v. Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 63-7.

<sup>43</sup> Thierry Di Manno, *Table ronde: Le cas de l’Italie*. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 107.

<sup>44</sup> Thierry Di Manno, *Table ronde: Le cas de l’Italie*. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 103.

<sup>45</sup> Sentença 127/1968, j. 16 dez 1968, Rel. Bonifácio, v. sítio [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado em 4 ago. 2005. A Corte invalidou o artigo do Código Civil (art. 151, 2) que tratava de maneira diferente o adultério do marido e o da mulher. O da mulher sempre seria causa para separação, ao passo que o do homem somente em caso de “injúria grave à mulher”.

<sup>46</sup> Sentença 128/1970, j. 24 jun 1970, Rel. Mortati, v. sítio [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado em 4 ago. 2005. A Corte proferiu sentença aditiva para permitir à mulher retirar o nome do marido após a separação (ocorrida por culpa do marido), o que não era previsto pelo art. 156 do Código Civil.

<sup>47</sup> Sentença 55/1979, j. 15 jun 1979, Rel. Amadei, v. sítio [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado em 4 ago. 2005. A Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 565 do Código Civil, na parte em que excluía do benefício da sucessão legítima os filhos naturais reconhecidos.

<sup>48</sup> N. Irti, *Letá della decodificazione*, 1989. V., tb., Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 5.

<sup>49</sup> Na sua concepção original, o Conselho Constitucional destinava-se, sobretudo, a preservar as competências de um Executivo forte contra as invasões do Parlamento. Suas funções principais eram três: a) o controle dos regimentos de cada uma das câmaras (Assembléia Nacional e Senado), para impedir que se investissem de poderes que a Constituição não lhes atribui, como ocorrido na III e na IV Repúblicas; b) o papel de “justiça eleitoral”, relativamene às eleições presidenciais, parlamentares e aos referendos; c) a delimitação do domínio da lei, velando pela adequada repartição entre as competências

legislativas e regulamentares. Esta última função se exercia em três situações: a do art. 41, relacionada à invasão pela lei parlamentar de competência própria do governo; a do art. 61, alínea 2, que permitia ao primeiro-ministro provocar o controle acerca da inconstitucionalidade de uma lei, após sua aprovação, mas antes de sua promulgação; e a do art. 37, alínea 2, relativamente à modificabilidade, por via de decreto, de leis que possuísem caráter regulamentar. Com a reforma constitucional de 1974, o controle de constitucionalidade das leis passou a ser a atividade principal do Conselho, aproximando-o de uma corte constitucional. V. Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), visitado em 26 jul. 2005; François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; John Bell, *French constitutional law*, 1992.

<sup>50</sup> Objetivamente, a decisão nº 71-44 DC, de 16.07.71 (In: [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm), visitado em 26 jul. 2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, consagrou o “valor positivo e constitucional” do preâmbulo da Constituição e firmou a idéia de “bloco de constitucionalidade”. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros textos normativos, que no caso eram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República, aos quais o referido preâmbulo fazia referência. Sobre a importância dessa decisão, v. Léo Hamon, *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, *Dalloz*, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, *Was it France's Marbury v. Madison?*, *Ohio State Law Journal* 35:910, 1974; J.E. Beardsley, *The Constitutional council and Constitutional liberties in France*, *American Journal of Comparative Law*, 1972, p. 431-52. Para um comentário detalhado da decisão, v. L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003. Especificamente sobre bloco de constitucionalidade, v. Michel de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 2001; e Olivier Duhamel e Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, 1992.

<sup>51</sup> A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes recaía apenas sobre o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembléia Nacional e o Presidente do Senado estendeu-se, também, a sessenta Deputados ou sessenta Senadores. O controle de constitucionalidade tornou-se um importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998 houve 328 provocações (*saisine*) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), visitado em 26 jul.2005.

<sup>52</sup> V. Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 190-2.

<sup>53</sup> Veja-se a discussão do tema em Guillaume Drago, Bastien François e Nicolas Molfessis (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. Na conclusão do livro, que documenta o Colóquio de Rennes, de setembro de 1996, François Terré, ao apresentar o que corresponderia à conclusão do evento, formulou crítica áspera à ascensão da influência do Conselho Constitucional: “Les perpétuelles incantations que suscitent l'État de droit, la soumission de l'État à des juges, sous l'influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l'Allemagne Fédérale et de l'américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s'imposent. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction e le droit d'appel sont devenus paroles d'évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, lê cãs échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel” (p. 409).

<sup>54</sup> Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Doze anos da Constituição brasileira de 1988*. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

<sup>55</sup> Tanto a doutrina como a jurisprudência, no plano do direito penal, têm condenado, por exemplo, a constitucionalização da figura dos “crimes hediondos” (art. 5º, XLIII). V., por todos, João José Leal, *Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade*, 2003.

<sup>56</sup> Sobre o caso italiano, v. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Sobre o caso brasileiro, vejam-se, dentre outros: Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:21; e Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa*. In: Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

<sup>57</sup> O novo Código Civil, com início de vigência em 2003, foi duramente criticado por setores importantes da doutrina civilista. Gustavo Tepedino referiu-se a ele como “retrogrado e demagógico” acrescentando: “Do Presidente da República, espera-se o veto; do Judiciário que tempere o desastre” (*Revista trimestral de direito civil* 7, 2001, Editorial). Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, consideraram inconstitucional o projeto de Código Civil, em parecer publicado sob o título Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000, por não traduzir a supremacia da dignidade humana sobre os aspectos patrimoniais e por violar o princípio da vedação do retrocesso. Em sentido contrário, v. Judith Martins Costa, *O direito privado como um “sistema em construção”*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005; e Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005 e *O novo Código Civil e seus críticos*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005.

<sup>58</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. V. também, Paulo Ricardo Schier, *Filtragem constitucional*, 1999.

<sup>59</sup> Isso quando não prefira o Supremo Tribunal produzir uma decisão integrativa, a exemplo da sentença aditiva do direito italiano. Esta atuação envolve a sempre controversa questão da atuação como legislador positivo (v. *infra*).

<sup>60</sup> Relativamente a esta segunda possibilidade, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 189.

<sup>61</sup> Nesse sentido, v. STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-DE, Rel. Min. Moreira Alves: “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo”. Passa-se ao largo, nesta instância, da discussão mais minuciosa do tema, que abriga inúmeras complexidades, inclusive e notadamente em razão do reconhecimento de que juízes e tribunais, em múltiplas situações, desempenham uma atividade de co-participação na criação da norma.

<sup>62</sup> A doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o preso tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao interrogado em geral (STF, *DJU* 14 dez. 2001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao depoente em CPI (STF, *DJU* 16 fev. 2001, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, p. 82-3; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 13.

<sup>63</sup> Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “Ao juiz não é permitido mediante ‘interpretação conforme a Constituição’ dar um significado diferente a uma lei cujo teor e sentido resulta evidente” (1 BvL 149/52-33, 11 jun. 1958); na do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-7/DE, Rel. Min. Moreira Alves).

<sup>64</sup> Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997; Maria Celina Bodin de Moraes: A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993; A constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:76, 1999; Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos

danos morais, 2003; Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Gustavo Tepedino: *Temas de direito civil*, 2004; *Problemas de direito civil constitucional* (coord.), 2000; O direito civil e a legalidade constitucional. In: *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004; Luiz Edson Fachin: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (coord.), 1998; *Teoria crítica do direito civil*, 2000; Heloísa Helena Barboza, Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século, *Revista da Faculdade de Direito, UERJ*, 1998-99; Teresa Negreiros: *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; *Teoria do contrato: Novos paradigmas*, 2002; Judith Martins Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002; Paulo Luiz Neto Lobo, Constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:56, 1999; Renan Lotufo, *Direito civil constitucional*, cad. 3, 2002; Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005.

<sup>65</sup> Sobre o tema, v. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 1999, p. 26; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. I, 2004, p. 18.

<sup>66</sup> A primeira parte da frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

<sup>67</sup> Para este fim, v. Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil constitucional*, 2000, obra coletiva na qual se discute a constitucionalização do direito civil em domínios diversos, incluindo o direito das obrigações, as relações de consumo, o direito de propriedade e o direito de família. Sobre o tema específico da boa-fé objetiva, vejam-se Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999; e Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998.

<sup>68</sup> Este é o título do celebrado trabalho de Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988. Sobre o tema, v. tb. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991.

<sup>69</sup> O conteúdo jurídico da dignidade humana se relaciona com a realização dos direitos fundamentais ou humanos, nas suas três dimensões: individuais, políticos e sociais. Sobre o tema, vejam-se Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Ingo Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2004; José Afonso da Silva, Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Revista Interesse Público* 4:2, 1999. Vejam-se dois excertos representativos do entendimento dominante: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, 1998, p. 102: “[O] princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”; e Daniel Sarmiento, *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*, 2000, p. 59-60, “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

<sup>70</sup> Como, e.g., na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na Constituição italiana de 1947, na Constituição alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978.

<sup>71</sup> Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305: “O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”.

<sup>72</sup> Em denso estudo, Maria Celina Bodin de Moraes, *Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e*

*direito privado*, 2003, decompõe o conteúdo jurídico da dignidade humana em quatro princípios: igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade.

<sup>73</sup> O termo foi colhido em Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 33. Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi Carmine Donisi, Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato. In: *Rassegna di diritto civile* 80, 1980 (conforme pesquisa noticiada em Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 115).

<sup>74</sup> Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000: "(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais". A respeito da *repersonalização* do direito civil, v. também Adriano de Cupis, *Diritti della personalità*, 1982.

<sup>75</sup> Sobre este tema, v. duas teses de doutorado desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ, ambas aprovadas com distinção e louvor e publicadas em edição comercial: Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005. Aliás, trabalhos de excelente qualidade têm sido produzidos sobre a matéria, dentre os quais Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004; Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Rodrigo Kaufmann, *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, 2003 (dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Brasília); Luís Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 2004, mimeografado, tese de livre-docência apresentada na Universidade de São Paulo – USP; André Rufino do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, 2004; e Thiago Luís Santos Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*, 2004.

<sup>76</sup> Vejam-se, exemplificativamente, algumas delas: a) pode um clube de futebol impedir o ingresso em seu estádio de jornalistas de um determinado veículo de comunicação que tenha feito críticas ao time (liberdade de trabalho e de imprensa)?; b) pode uma escola judaica impedir o ingresso de crianças não judias (discriminação em razão da religião)?; c) pode o empregador prever no contrato de trabalho da empregada a demissão por justa causa em caso de gravidez (proteção da mulher e da procriação)?; d) pode o locador recusar-se a firmar o contrato de locação porque o pretendente locatário é muçulmano (de novo, liberdade de religião)?; e) pode um jornalista ser demitido por ter emitido opinião contrária à do dono do jornal (liberdade de opinião)?

<sup>77</sup> Para um aprofundamento do tema, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005.

<sup>78</sup> No caso da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, esta é uma das principais linhas do Programa de Pós-graduação em Direito Civil, onde foram pioneiros doutrinadores como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa. Na Universidade Federal do Paraná, destacam-se os trabalhos do Professor Luiz Edson Fachin. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Professora Judith Martins Costa. Na PUC de São Paulo, do Professor Renan Lotufo. Na Universidade Federal de Alagoas, Paulo Netto Lôbo.

<sup>79</sup> Gustavo Tepedino, O direito civil e a legalidade constitucional, *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004: "Ao contrário do cenário dos anos 80, não há hoje civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar na interpretação construtiva da norma infraconstitucional". Em seguida, em preciosa síntese, identifica o autor as quatro objeções mais frequentes à aplicação da Constituição às relações de direito civil: a) não cabe ao constituinte, mas ao legislador, que constitui uma instância mais próxima da realidade dos negócios, a regulação da autonomia privada; b) a baixa densidade normativa dos princípios constitucionais propiciaria excessiva discricionariedade aos magistrados; c) a estabilidade milenar do direito civil restaria abalada pela instabilidade do jogo político-constitucional; d) o controle axiológico das relações de direito civil, para além dos limites claros do lícito e do ilícito, significaria desmesurada ingerência na vida privada.

<sup>80</sup> Sobre as transformações do direito administrativo na quadra atual, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Sociedade, Estado e administração pública*, 1996; *Mutações do direito administrativo*, 2000; e *Direito regulatório*, 2003; Caio Tácito, O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro, *Revista de direito administrativo* 202:1, 1995; Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 1990; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 1998; Maria Sylvania di Pietro, *Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 1999; Carlos Ari Sundfeld,

*Direito administrativo ordenador*, 2003; Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; Marcos Juruena, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000; Paulo Modesto, A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil. In: *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, 2004; Humberto Ávila, Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *O direito público em tempos de crise – Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*, 1999; Alexandre Aragão, *Agências Reguladoras*, 2002; Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de direito administrativo* 239:1, 2005. V. tb. Luís Roberto Barroso: Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002; A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003; Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: *Idem*; Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: *Idem*; Para a formação da doutrina administravista no Brasil, preste-se a homenagem devida e merecida a Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1ª edição de 1957, e Hely Lopes Meirelles, *Curso de direito administrativo brasileiro*, 1ª edição de 1964. Caio Tácito, além de escritos e inúmeros pareceres, dirige desde 1993 a Revista de Direito Administrativo, a mais antiga e prestigiosa publicação na matéria. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, 1ª edição de 1980, e, depois, *Curso de direito administrativo*, teve influência decisiva no desenvolvimento de um direito administrativo na perspectiva da cidadania e não da Administração.

<sup>81</sup> Sobre o tema, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 36-7.

<sup>82</sup> A propósito, v. o célebre artigo de Georges Vedel, Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif. In: *Mélanges Waline*, 1974. Sobre o tema, v. também Louis Favoreu, La constitutionnalisation du droit. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 182.

<sup>83</sup> V. por todos, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 31. Para uma visão severamente crítica da origem e evolução do direito administrativo, v. Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

<sup>84</sup> V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 74.

<sup>85</sup> A Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no plano federal, enuncia como princípios da Administração Pública, dentre outros, os da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

<sup>86</sup> V. Luís Roberto Barroso, Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 303-4.

<sup>87</sup> As agências reguladoras, como categoria abstrata, não receberam disciplina constitucional. O texto da Constituição, todavia, faz menção a duas delas: a de telecomunicações (art. 21, XI) e a de petróleo (art. 177, § 2º, III).

<sup>88</sup> Sobre este tema específico, v. os projetos de doutoramento de Gustavo Binenbojm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, e de Arícia Corrêa Fernandes, *Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de Administração*, 2003, ambos apresentados ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob minha orientação. V. tb. V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; e Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

<sup>89</sup> Esta classificação, de origem italiana, é pouco disseminada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. V. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 57. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram esta distinção. V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 1997, p. 429 e ss..

<sup>90</sup> Para um aprofundamento dessa discussão, v. meu prefácio ao livro de Daniel Sarmento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, 2005. V. tb., naturalmente, o próprio livro, do qual constam textos de grande valia sobre o tema, escritos

por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmento e Alexandre Aragão. O texto de Humberto Ávila foi pioneiro na discussão da matéria. Sob outro enfoque, merece referência o trabalho de Fábio Medina Osório, *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro?*, *Revista de Direito Administrativo* 220:107, 2000.

<sup>91</sup> Sobre princípios constitucionais da Administração Pública, v. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais da Administração Pública*, 1994; Romeu Bacellar, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, 1998; Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 1999; Ruy Samuel Espíndola, *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas*, *Interesse Público* 21:57, 2003.

<sup>92</sup> Não é possível aprofundar o tema, que é rico e intrincado, sem um desvio que seria inevitavelmente longo e descabido nas circunstâncias. Vejam-se, sobre a questão: Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997, p. 17; Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993, p. 25; e Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, 2004, p. 19: “Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores”.

<sup>93</sup> Como, por exemplo, nos casos de racismo, tortura, ação de grupos armados contra a ordem constitucional, crimes ambientais e violência contra a criança, dentre outras referências expressas. V. arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, § 3º e 227, § 4º.

<sup>94</sup> Como por exemplo: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”; “Art. 5º. (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...); XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

<sup>95</sup> É o caso de tipos previstos no Código Penal (CP), como os de sedução (art. 217), adultério (art. 240) ou de escrito obsceno, assim descrito: “Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

<sup>96</sup> Duas decisões do Supremo Tribunal Federal exemplificam o argumento. Na primeira, concedeu-se *habeas corpus* em favor de um jovem acusado de estupro, por haver mantido relação sexual com uma menina de 12 anos. Por maioria, decidiu a Corte que a presunção de violência do art. 224 do CP é relativa e que o crime não se configurava, à vista de elementos do caso concreto – consentimento da vítima e sua aparência de ter mais de 14 anos – que tornariam extremamente injusta a aplicação literal do dispositivo do Código Penal (STF, DJU 20 set. 1996, HC 73662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio). Num outro caso, a Corte trancou a ação penal promovida contra ex-Prefeita Municipal, pela contratação de boa-fé, mas sem concurso público, de um único gari. O fundamento utilizado foi a *insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, gerando falta de justa causa para a ação penal* (STF, DJU 11 set. 1998, HC 77003-4, Rel. Min. Marco Aurélio). Sobre o tema da interpretação conforme a equidade, de modo a evitar a incidência iníqua de determinada regra, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

<sup>97</sup> O presente parágrafo beneficia-se da discussão de idéias trazidas por Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: Algumas considerações*, mimeografado, 2005, trabalho de final de curso apresentado na disciplina *Interpretação Constitucional*, do Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Averbou a autora: “Ao mesmo tempo em que o funda e autoriza, a Constituição reduz e limita o direito penal, na medida em que só autoriza a criminalização de condutas que atinjam de modo sensível um bem jurídico essencial para a vida em comunidade. Este é o papel do direito penal: atuar como última *ratio*, quando seja absolutamente necessário e não haja outros mecanismos de controle social aptos a impedir ou punir aquelas lesões”.

<sup>98</sup> Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição*, 2003, p. 44-5: “No campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição

(erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça)”.

<sup>99</sup> É o caso da disciplina penal dada pela Lei nº 9.677/98 (Lei dos Remédios) à adulteração de cosméticos. O delito é equiparado à adulteração de medicamentos que, por sua vez, prevê penas mínimas superiores à do crime de homicídio para a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (CP, art. 273 e § 1º, a). Sobre o tema, v. Miguel Reale Júnior, A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios, *Revista dos Tribunais* 763:415, 1999. Outro exemplo é o da Lei nº 9.437/97, que em seu art. 10 pune com penas idênticas o porte de arma de fogo e o porte de arma de brinquedo. Sobre a proporcionalidade no âmbito do direito penal, v. Ingo Sarlet, Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, *Revista de Estudos Criminais* 12:86, 2003.

<sup>100</sup> Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações*, mimeografado, 2005, p. 15, considera de “duvidosa constitucionalidade” a previsão legal de extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária, em razão do pagamento do tributo antes e, até mesmo, após o recebimento da denúncia. A matéria é disciplinada pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95 e pelo art. 9º da Lei nº 10.684/2003.

<sup>101</sup> STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, o STF decidiu conhecer da ação e apreciar-lhe o mérito. Alguns dos argumentos apresentados pela autora da ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde foram os seguintes: (i) atipicidade do fato: pelo direito positivo brasileiro, a vida se extingue pela morte encefálica; o feto anencefálico não chega sequer a ter vida cerebral (princípio da legalidade); (ii) exclusão da punibilidade: o Código Penal determina a não punição nos casos de risco de morte para a mãe e de estupro; tais situações, por envolverem feto com potencialidade de vida, são mais drásticas do que a da anencefalia, que só não foi prevista expressamente por inexistirem recursos tecnológicos de diagnóstico, quando da elaboração do Código Penal, em 1940 (interpretação evolutiva); (iii) violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na versão da integridade física quanto psíquica, pela imposição de sofrimento imenso e inútil à mulher, obrigando-a a levar a termo uma gestação inviável.

<sup>102</sup> A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC nº 16/65 (sistema continental europeu). V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

<sup>103</sup> O tema é ainda pouco explorado na doutrina. V., no entanto, o trabalho-pesquisa elaborado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. E também, para duas visões diversas, Luiz Werneck Vianna (org.), *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002, e Rogério Bastos Arantes, *Ministério Público e política no Brasil*, 2002. Para uma análise crítica desses dois trabalhos, v. Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, Sentidos da judicialização da política: Duas análises, *Lua Nova* 57:113, 2002.

<sup>104</sup> No direito comparado, no qual o tema é discutido de longa data, v., exemplificativamente: Hamilton, Madison e Jay, *The federalist papers*, 1981 (a publicação original foi entre 1787 e 1788), especialmente O *Federalista* nº 78; John Marshall, voto em *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 1931; Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, 1931; John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980; Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986; Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985; John Rawls, *A theory of justice*, 1999; Jürgen Habermas, *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*, 1989; Bruce Ackerman, *We the people: Foundations*, 1993; Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, 1997. Na literatura nacional mais recente, vejam-se: Bianca Stamato Fernandes, *Jurisdição constitucional*, 2005; Gustavo Binbenjoni, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004; Cláudio de Souza Pereira Neto, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002.

<sup>105</sup> V. Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005; e Marcos Maselli Pinheiro Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003. Abordagens iniciais da questão podem ser encontradas em Luís

Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; e Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2004.

<sup>106</sup> A expressão “dificuldade contra-majoritária” (*the counter-majoritarian difficulty*) foi cunhada por Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16, cuja 1ª. edição é de 1962.

<sup>107</sup> Sobre o tema, vejam-se Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002; Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

<sup>108</sup> V., especialmente, Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005. Em duas passagens, sintetiza a autora, de maneira feliz, os dois pólos da questão: “Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral”. Porém de outra parte: “Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade hierárquica* e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo” (grifos no original).

<sup>109</sup> Os conceitos de teoria e de filosofia constitucional não se confundem, mas vêm se aproximando, como notou Cláudio Pereira de Souza Neto, A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, p. 87 e ss.: “Tradicionalmente, a teoria da constituição se destinava à identificação, análise e descrição do que ‘é’ uma constituição. Hoje, contudo, abrange também o campo das indagações que versem sobre o que a constituição ‘deve ser’, *i. e.*, incorpora dimensões racional-normativas, as quais se situam na seara do que se vem denominando ‘filosofia constitucional’”.

<sup>110</sup> Em *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], julgado em 1857, a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais como as federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Na mais condenada decisão do constitucionalismo americano, a Suprema Corte alinhou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política. V. Nowack, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 2000, p. 687.

<sup>111</sup> A partir do final do século XIX, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público. A decisão que melhor simbolizou esse período foi proferida em 1905 no caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), na qual, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras lei. Esse período ficou conhecido como era *Lochner*.

<sup>112</sup> Eleito em 1932, após a crise de 1929, Franklin Roosevelt deflagrou o *New Deal*, programa econômico e social caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social. Com base na doutrina desenvolvida na era *Lochner*, a Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais tais leis, gerando um confronto com o Executivo. Roosevelt chegou a enviar um projeto de lei ao Congresso, ampliando a composição da Corte – *Court-packing plan* –, que não foi aprovado. A Suprema Corte, no entanto, veio a mudar sua orientação e abdicou do exame do mérito das normas de cunho econômico e social, tendo por marco a decisão proferida em *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datada de 1937.

<sup>113</sup> Veja-se o registro dessa mudança em Larry D. Kramer, *Popular constitutionalism*, circa 2004, *California Law Review* 92:959, 2004, p. 964-5: “(The Warren Court), for the first time in American history, gave progressives a reason to see the judiciary as a friend rather than a foe. This had never been a problem for conservatives. Going all the way back to the Federalist era, conservatives had always embraced an idea of broad judicial authority, including judicial supremacy, and they continued to do so after Chief Justice Warren took over. For them, the problem with the Warren Court was simply that its decisions were wrong. (...) Beginning with Robert Bork’s 1968 attack on the Court in *Fortune Magazine*, many conservatives started to assail the Court using the traditionally liberal rhetoric of countermajoritarianism”.

<sup>114</sup> Earl Warren presidiu a Suprema Corte de 1953 a 1969; Warren Burger, de 1969 a 1986. Algumas decisões emblemáticas desses períodos foram: *Brown vs. Board of Education* (1954), que considerou inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas; *Griswold vs. Connecticut* (1965), que invalidou lei estadual que incriminava o uso de pílula anticoncepcional, reconhecendo um direito implícito à privacidade; e *Roe vs. Wade* (1973), que considerou inconstitucional lei estadual que criminalizava o aborto, mesmo que antes do terceiro mês de gestação. No domínio do processo penal, foram proferidas as decisões marcantes já mencionadas (v. *supra*), em casos como *Gideon vs. Wainwright* (1963) e *Miranda vs. Arizona* (1966)

<sup>115</sup> A crítica de viés conservador, estimulada por longo período de governos republicanos, veio embalada por uma corrente doutrinária denominada de *originalismo*, defensora da idéia pouco consistente de que a interpretação constitucional deveria ater-se à intenção original dos criadores da Constituição. Sobre o tema, v. Robert Bork, *The tempting of América*, 1990, e William Rehnquist, *The notion of a living Constitution*, *Texas Law Review* 54:693, 1976. Em sentido oposto, v. Morton J. Horwitz, *Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism*, *Harvard Law Review* 107:30, 1993, e Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000, p. 302 e s. Para uma análise ampla dessa temática em língua portuguesa, v. Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

<sup>116</sup> Vejam-se alguns textos escritos nos últimos anos. Em favor do “popular constitutionalism”, v.: Larry D. Kramer, *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, 2004; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999; Jeremy Waldron, *The dignity of legislation*, 1999; Richard D. Parker, “Here the people rule”: *A popular constitutionalist manifest*, 1994. Em defesa do “judicial review”, v.: Christopher L. Eisgruber’s, *Constitutional self-government*, 2001; Erwin Chemerinsky, *In defense of judicial review: A reply to professor Kramer*, *California Law Review* 92:1013, 2004; Frederick Schauer, *Judicial supremacy and the modest Constitution*, *California Law Review* 92: 1045.

<sup>117</sup> Christopher L. Eisgruber, *Constitutional self-government and judicial review: A reply to five critics*, *University of San Francisco Law Review* 37:115, 2002, p. 119-31.

<sup>118</sup> A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos estes elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atropela o procedimento democrático ou vulnera direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ver instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandado de segurança para que o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. V. *Inf. STF* 393, MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 jun. 2005.

<sup>119</sup> V. Vital Moreira, *O futuro da Constituição*. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p. 323: “Na fórmula constitucional primordial, ‘todo poder reside no povo’. Mas a verdade é que, na reformulação de Sternberger, ‘nem todo o poder vem do povo’. Há o poder econômico, o poder mediático, o poder das corporações sectoriais. E por vezes estes poderes sobrepõem-se ao poder do povo”.

<sup>120</sup> Luís Roberto Barroso, *Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário*. In: *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005, p. 314-5: “Como já referido, porém, a Constituição não ocupa, nem pode pretender ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu.

A disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático. A absorção institucional dos conflitos pelas diversas instâncias de mediação, com a conseqüente superação da força bruta, dá o toque de civilidade ao modelo. Mas não é possível pretender derrotar a vontade majoritária, em espaço no qual ela deva prevalecer, pela via oblíqua de uma interpretação jurídica sem lastro constitucional. Ao agir assim, o intérprete estaria usurpando tanto o papel do constituinte quanto do legislador”.

## NEW CONSTITUTIONALISM AND THE CONSTITUTIONALIZATION OF LAW (THE LATE TRIUMPH OF CONSTITUTIONAL LAW IN BRAZIL)

### ABSTRACT

This article deals with the new point of view imposed by the post-positivism on the paradigms of Constitutional Law, whose main effects can be seen on legalism, jurisdiction and Constitutional Law interpretation.

**KEYWORDS:** New constitutionalism. Post-positivism. Constitutional Law interpretation. Constitutionalism of Law.

## NÉO-CONSTITUTIONNALISME ET CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT - LE TRIOMPHE TARDIF DU DROIT CONSTITUTIONNEL AU BRÉSIL.

### RÉSUMÉ

Nous recherchons à analyser les ruptures paradigmatiques que le nouveau droit constitutionnel subit, sous les auspices du post-positivisme, dont les principaux effets peuvent se ressentir en matière de normativité, juridiction et interprétation constitutionnelle.

**MOTS-CLÉS:** Neo-constitutionnalisme. Post-positivisme. Interprétation constitutionnelle. Constitutionnalisation du droit.

# BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

*Nagibe de Melo Jorge Neto\**

1 Delimitação do tema. 2 A inesgotabilidade do sentido. 3 A garantia de acesso à Justiça. 4 Conclusão.

## RESUMO

O artigo critica a declaração de constitucionalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade face à inesgotabilidade do sentido inerente às normas jurídicas e à garantia de amplo acesso à jurisdição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalidade. Controle. Declaração. Norma. Sentido. Jurisdição. Acesso. Garantia. Judiciário. Independência.

## 1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

O art. 24 da Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), fixou a ambivalência da Ação Direta de Inconstitucionalidade ao estabelecer que proclamada a constitucionalidade da norma, será julgada improcedente a ADIn ou procedente eventual Ação Declaratória. Já o art. 28, parágrafo único, da mesma Lei estabelece a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante dessa decisão em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

O caráter ambivalente da ADIn tem sido admitido ao argumento principal de que a Ação Declaratória de Constitucionalidade nada mais é que uma ADIn com sinal trocado. Assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 1880/SP. Na mesma oportunidade, o

---

\* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Christus. Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região.

Tribunal assentou a constitucionalidade do art. 28, da Lei n. 9.868/99, que fixa o efeito vinculante, vencidos os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que votaram pela inconstitucionalidade do efeito vinculante por ofensa ao princípio da separação de poderes.

A matéria, que tem importantes reflexos na distribuição de poder e na legitimidade das decisões proferidas pela Suprema Corte, está longe, contudo, de alcançar o consenso, seja na doutrina nacional, seja na doutrina estrangeira. Lenio Streck afirma que em países como Portugal, Espanha, Itália, Bélgica, Irlanda e Áustria “os provimentos denegatórios em ação direta de inconstitucionalidade são simplesmente caracterizados como ‘negação de provimento’ da ação ou recurso”.<sup>1</sup> Os tribunais constitucionais não pronunciam uma declaração de constitucionalidade nesses casos.

Gilmar Mendes, ao comentar as decisões no controle abstrato de normas perante a Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), afirma

que a Lei Orgânica da Corte Constitucional não disciplina especialmente a sentença que declara a constitucionalidade da lei. Fundamentalmente existem duas decisões possíveis: a arguição é declarada inadmissível, isto é, tem a sua inadmissibilidade declarada, ou o Tribunal constata, na parte dispositiva, que a lei é válida ou compatível com a Lei Fundamental.<sup>2</sup>

Mais adiante o autor esclarece os efeitos da declaração de constitucionalidade:

Enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo. A validade da lei não depende da declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente.

A força de lei (*Gesetzeskraft*) da decisão da Corte Constitucional que confirma a constitucionalidade revelar-se-ia problemática se o efeito vinculante geral, que se lhe reconhece, impedisse que o Tribunal se ocupasse novamente da questão.

Por isso, sustenta Vogel que a aplicação do disposto no § 31, (2), da Lei Orgânica do Tribunal, às decisões confirmatórias somente tem significado para o dever de publicação, uma vez que a lei não pode atribuir efeitos que não foram previstos pela própria Constituição.

Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de que outras pessoas não vinculadas pela coisa julgada ficassem impedidas de questionar a constitucionalidade da lei, o que acabaria por atribuir à chamada eficácia *erga omnes* (*força de lei*) o significado de autêntica norma constitucional.<sup>3</sup>

Lenio Streck, citando J.J. Gomes Canotilho, destaca que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quando julgada procedente, retira do mundo jurídico a norma impugnada.<sup>4</sup> Com efeito, basta uma incompatibilidade formal ou material, dentre as muitas que em tese poderiam existir, entre o texto normativo impugnado e o texto constitucional para que seja declarada a nulidade da norma. Declarada a inconstitucionalidade, a norma inconstitucional, nas palavras de Streck, se nadifica, não podendo mais gerar efeitos.

Julgada improcedente a Ação Direta, ao revés, a norma permanece em vigor. O estabelecimento de eficácia contra todos e o efeito vinculante dessa decisão importam em algumas dificuldades, duas das quais pretendemos destacar. A primeira e mais relevante delas diz respeito ao estabelecimento de um único sentido possível à interpretação da lei, ou, o que é mais grave, à declaração de constitucionalidade da lei sem o estabelecimento de qualquer sentido à norma impugnada. O segundo ponto, intimamente relacionado ao primeiro, diz respeito à legitimação desta decisão dentro do sistema de organização e divisão de poderes estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dada a brevidade à qual limita-se o presente artigo, limitar-nos-emos a analisar esses aspectos exclusivamente com referência à declaração de constitucionalidade na ADIn. Muito embora os argumentos que serão a seguir apresentados possam também ser opostos à própria Ação Declaratória de Constitucionalidade, incluí-la como objeto deste estudo tornaria indispensável o alargamento da discussão para outros tópicos.

## 2 A INESGOTABILIDADE DO SENTIDO

O Direito é um objeto cultural e, enquanto tal, prenhe de sentido. O desvelamento do sentido acontece pelo ato interpretativo em uma espiral hermenêutica ao infinito, que parte da pré-compreensão para chegar a uma nova compreensão e daí partir novamente<sup>5</sup>. O sentido posto na norma é inesgotável e evolui a partir da própria compreensão dos sujeitos em um processo dialético infinito.<sup>6</sup> Já para Kelsen,

o Direito a aplicar forma [...] uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

[...] 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 ato do tribunal, especialmente.<sup>7</sup>

Inocência Mártires Coelho também destaca a inesgotabilidade do sentido das normas jurídicas. Depois de classificar a lei e a Constituição como fenômenos culturais, afirma que

os objetos *culturais*, porque são ontologicamente *valiosos*, exigem para o seu conhecimento um método específico e adequado, *empírico-dialético*, que se constitui pelo ato gnosiológico da *compreensão*, através do qual, no ir e vir *ininterrupto* da materialidade do substrato à vivência do seu sentido espiritual, procuramos descobrir o *significado* das ações ou das criações humanas.<sup>8</sup>

Dentro desta perspectiva, a proclamação da constitucionalidade de texto normativo pela decisão que julga improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade tem importantes conseqüências. A proclamação da constitucionalidade importa em afirmar que o Supremo Tribunal Federal esquadrinhou todos os sentidos da norma e constatou a sua compatibilidade, em todos os casos, com a Constituição Federal. É dizer, o Supremo Tribunal, em tais casos, fixa a moldura normativa e nela pretende encarcerar todos os demais aplicadores do direito.

Mas as possibilidades interpretativas da norma, como vimos de ver, são múltiplas e o seu sentido, inesgotável. É possível e mesmo provável que, em um momento posterior, venham os poderes públicos a dar à norma declarada constitucional uma interpretação incompatível com a Constituição. Nesse momento, o Poder Judiciário, chamado a atuar, estaria de mãos atadas pelo pronunciamento anterior do STF.

Um exemplo do que acabamos de expor deu-se com a apreciação da Medida Cautelar na ADC-4/DF. O Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC-4/DF, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97. Posteriormente, na Reclamação 1136, a mesma Corte viu-se obrigada a decidir que sua decisão anterior não se aplica à matéria de natureza previdenciária<sup>9</sup>. Ainda que a decisão tenha sido proferida em ADC, que não é objeto de nossa análise, e ainda que tenha sido proferida em sede liminar, podem-se perceber as dificuldades que decorrem de se atrelar as possibilidades hermenêuticas da Constituição à constitucionalidade de uma norma infraconstitucional.

As mesmas objeções que são aqui lançadas contra a declaração de constitucionalidade em sede de ADIn seriam pertinentes contra a declaração de constitucionalidade na ADC, mas obtempere-se que a Lei n. 9.868/99, em seu art. 14, inc. III, fixou como requisitos para a propositura da ADC a existência de *controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição ob-*

*jeto da ação declaratória*. Ainda que nem mesmo esse requisito seja capaz de impedir os danos advindos da fixação de um pretenso sentido unívoco para qualquer norma que seja, sobreleva notar que, na ADIn, a declaração do sentido único tem uma agravante, eis que a ADC pode ser proposta quando a discussão acerca da norma ainda é muito incipiente, quando a matéria ainda não teve oportunidade de ser amplamente debatida quer pela sociedade, quer pela comunidade jurídica.

### 3 A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

O art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição da República estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A garantia do acesso à justiça se restringe aos aspectos formais. Encerra a garantia de ver o pleito apreciado por um juiz imparcial, de acordo com as normas constitucionais e o ordenamento jurídico. Trata-se, ademais, de princípio que garante a apreciação de lesão ou ameaça a direito subjetivo do cidadão, lesão ocorrida no caso concreto, a qual, em muitos casos pode não se conformar com a declaração de constitucionalidade *in abstracto* de uma lei, proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A garantia da jurisdição depende intrinsecamente da liberdade de julgamento, da inexistência de peias ao livre convencimento do julgador. Estabelecida uma interpretação constitucional abstrata a qual o juiz estaria obrigado a seguir, vê-se malferida a garantia do cidadão a um pronunciamento judicial imparcial. Como adverte Canotilho, a obrigação de seguir o entendimento de um órgão jurisdicional, ainda que seja o Supremo Tribunal Federal, equivaleria à consagração entre nós da *stare decisis*, o que é estranho à nossa tradição jurídica romano-germânica.<sup>10</sup>

Aqui se deve notar a diferença essencial que existe entre a declaração de inconstitucionalidade e declaração de constitucionalidade, considerando que ambas têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Na declaração de inconstitucionalidade, a norma é retirada do mundo jurídico, eis que declarada a sua nulidade. A retirada da norma do mundo jurídico por ato do Supremo Tribunal Federal é poder que lhe foi atribuído pela própria Constituição. Na declaração de constitucionalidade, a norma preserva-se intacta e mais, adquire um *status* superior ao das demais normas jurídicas, eis que está excluída do controle difuso por parte de outros órgãos do Poder Judiciário. Essa nova condição da norma declarada constitucional pelo STF, além de limitar os poderes do juiz, contraria a tradição que nos filia ao controle difuso desde a primeira Constituição republicana de 1891.

Observe-se ademais que, com a retirada na norma inconstitucional do mundo jurídico, o texto constitucional preserva-se intacto. Já a declaração de constitucionalidade de algum modo condiciona o texto constitucional, retirando-lhe algo de sua vida e de sua força normativa. A declaração

de constitucionalidade, por sobre vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, acaba por vincular a norma declarada constitucional ao próprio texto constitucional de modo a alterar-lhe definitivamente ou, pelo menos, direcionar-lhe o conteúdo. Pois, declarada constitucional uma lei, é imperativo que a Constituição seja interpretada de modo a conformar-se a essa lei, e a lei, de modo a conformar-se à Constituição. As sucessivas declarações de constitucionalidade acabariam, desse modo, por enrijecer a Constituição e poderiam levar, em última análise, a um enfisema constitucional.

Nessa linha de raciocínio, a declaração de constitucionalidade assemelha-se, pelo menos quanto aos efeitos, ao disposto no art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937. Calha lembrar que essa carta constitucional, chamada *Polaca*, serviu de suporte ao Estado Novo, sendo-lhe conveniente o enfraquecimento do Poder Judiciário e a supressão da garantia de amplo acesso à justiça. Assim dispunha o comando normativo:

Art. 96. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

A comparação pode ser tomada por grosseira, eis que, no caso da declaração de constitucionalidade, não há interferência do Poder Legislativo. A independência do Poder Judiciário, entretanto, sempre foi e deve ser entendida como a independência de consciência de cada julgador tomado de *per si*, e não como a independência somente dos órgãos superiores do Poder Judiciário ou do Poder Judiciário tomado como um todo. Essa postura decorre do princípio democrático, do princípio do devido processo legal e da garantia de amplo acesso ao Judiciário. É inadmissível, por essa razão, que os órgãos superiores possam ditar aos inferiores a decisão correta, tanto que é por todos rechaçada a censura de qualquer tribunal aos aspectos jurídicos da decisão do juízo singular.

Na declaração de constitucionalidade, contudo, o Supremo Tribunal Federal veda qualquer interpretação que negue aplicação à norma declarada constitucional, o que implica em elevá-la ao *status* da própria norma constitucional. A fixação de uma diretriz interpretativa pelo STF, no caso da declaração de constitucionalidade na ADIn, encontra, contudo, alguns obstáculos. Dentre os mais relevantes podemos destacar que não é necessária a existência de uma *controvérsia judicial relevante* sobre o objeto da ação.

O processo judicial em suas milhares de ações, com suas sucessivas decisões e debates, e o amadurecimento da jurisprudência ao longo do tempo, até sua pacificação, devem ser vistos como instrumentos de democracia em que o cidadão, no papel de parte, tem ampla e direta participação. Em verdade, uma das precípuas funções dos tribunais pátrios é uniformizar a jurisprudência, mas para tanto não podem ser desconsideradas as inúmeras decisões dos juízos singulares e os argumentos dos milhares de cidadãos que atuam como parte. A declaração de constitucionalidade na ADIn interrompe esse processo dialético em busca da melhor interpretação da norma e impõe a aplicação de uma norma infraconstitucional, mesmo que, no caso concreto, esteja o julgador convencido de sua incompatibilidade com o texto constitucional.

#### 4 CONCLUSÃO

Faz-se necessário um reexame dos efeitos da declaração de constitucionalidade no controle abstrato de normas, máxime em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade. O estabelecimento prévio da constitucionalidade de uma norma desconsidera a multiplicidade e inesgotabilidade do sentido, limita a independência do juiz e fere o princípio a garantia individual à prestação jurisdicional adequada. Além disso, inova o texto constitucional na medida em que vincula a norma objeto da declaração ao próprio texto constitucional, enrijecendo-o.

A declaração de constitucionalidade torna unívoca a interpretação da norma objeto da ação e vincula todo o Poder Judiciário. Essa vinculação deve ser interpretada, quando menos, de modo a não impedir a evolução do texto constitucional em compasso com a realidade social. Uma solução possível, mas ainda assim não completamente adequada, seria a declaração de constitucionalidade com explicitação de sentido, fazendo com que o efeito vinculante da decisão incidisse apenas sobre o sentido expressamente indicado pelo Supremo Tribunal.

A matéria, que não é nova, comporta muitas reflexões. É inegável que a declaração de constitucionalidade pode trazer alguns benefícios à rápida solução dos litígios, mas é imperativo que esse poderoso instrumento seja manejado de modo a não ferir os princípios constitucionais da democracia e do amplo acesso ao Poder Judiciário e, mais importante, de modo a preservar a força viva do texto constitucional, para que não se perca nada da sua incomensurável possibilidade interpretativa.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "sermoralmente-melhor"*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.
- MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

---

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 762.

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 242

<sup>3</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 245.

<sup>4</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 769-770

<sup>5</sup> Idéia de círculo hermenêutico foi introduzida por Heidegger e desenvolvida por Gadamer, que o via como uma espiral, dada a inesgotabilidade do sentido. Cf. a esse respeito MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 31-42, *passim*.

<sup>6</sup> Acerca do tema, cf. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-391.

<sup>8</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 36-37.

<sup>9</sup> Informativo STF n. 248

<sup>10</sup> *Apud* STRECK, *op. cit.*, p. 770.

## BRIEF ANALYSIS ON THE STATEMENT OF CONSTITUTIONALITY AT THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY LAWSUIT

### ABSTRACT

The article evaluates the statement of constitutionality at the so-called Direct Unconstitutionality Lawsuit as confronted to the large amount of meanings inherent to laws and to the assurance of wide access to judicature.

**KEYWORDS:** Constitutionality. Control. Statement. Laws. Meaning. Jurisdiction. Access. Assurance. Judicature. Independence.

## BRÈVES CONSIDÉRATIONS CONCERNANT LA DÉCLARATION DE CONSTITUTIONNALITÉ FAITE DANS L'ACTION DIRECTE D'INCONSTITUTIONNALITÉ

### RÉSUMÉ

L'article critique la déclaration de constitutionnalité faite dans l'action directe d'inconstitutionnalité en raison de l'inépuisement du sens inhérent aux normes juridiques et à la garantie d'accès à la justice.

**MOTS-CLÉS:** Constitutionnalité. Contrôle. Déclaration. Norme. Sens. Justice. Accès. Garantie. Judiciaire. Indépendance.

# CRIMINALIDADE ECONÔMICA, DENÚNCIA GENÉRICA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nestor Eduardo Araruna Santiago\*

## RESUMO

Análise do art. 41 do Código de Processo Penal e a denúncia genérica. Conceito de denúncia genérica e sua interpretação pela doutrina. Denúncia genérica e criminalidade econômica. Denúncia genérica e violação dos princípios constitucionais do processo penal: presunção do estado de inocência, princípio da isonomia, princípio da ampla defesa. Ofensa ao princípio da segurança jurídica. Desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, observado por Tratados Internacionais, notadamente o Pacto de San José da Costa Rica. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a denúncia genérica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Denúncia genérica. Devido processo legal. Contraditório e ampla defesa. Princípio da dignidade da pessoa humana. Criminalidade econômica. Princípios constitucionais do processo penal.

*Ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação:* esta frase, que sintetiza o sistema acusatório, garante ao acusado a certeza de estar sendo processado por fatos certos, determinados e limitados, a fim de que possa exercitar com propriedade o contraditório e a ampla defesa. E esta certeza da acusação é feita pela denúncia, que deve ser proposta pelo titular da ação penal de iniciativa pública, ou seja, o Ministério Público.<sup>1</sup>

A denúncia, peça vestibular da ação penal pública, dá o conteúdo da acusação que se quer ver procedente contra o acusado e que será devidamente analisada pelo magistrado no momento de seu recebimento em juízo.

---

\* Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e Especialista em Ciências Penais pela UFMG. Professor 40 horas do Curso de Direito da Faculdade Christus. Professor da Faculdade Integrada do Ceará (FIC). Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor de Cursos de Pós-Graduação e Cursos Preparatórios para concursos públicos. Membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB-CE. Advogado criminalista. E-mail: nestorsantiago@bol.com.br.

Por meio dela, estabelece-se a proposta de trabalho do representante do Ministério Público, demonstrando, ainda, que o Estado, por meio dele, está ciente dos limites da demanda por meio da acusação. Trata-se, desta forma, de importante instrumento de controle da legalidade dos atos do Estado, concretizando o princípio da segurança jurídica na acusação.

A imputação decorre, necessariamente, da narração que é feita na denúncia. Não pode o Ministério Público, a seu talante, decidir o que e como acusar. O seu poder discricionário não é tamanho a ponto de permutar ilegalidades. E como o Ministério Público é fiscal da lei, ele deve ser o primeiro a respeitar o texto constitucional.

Há que se salientar que o processo penal é extremamente constrangedor ao acusado, por ser meio utilizado pelo Estado para restringir a sua liberdade; por isso, todos os esforços devem ser envidados para que se evite ao máximo a exposição do acusado a acusações indevidas e disformes.

O art. 41 do Código de Processo Penal (CPP) estipula os elementos que devem estar contidos na denúncia para o seu recebimento pelo magistrado, quais sejam: a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias; a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Lembra Guilherme de Souza Nucci que a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias e características diz respeito à narrativa fática concernente ao tipo básico (figura fundamental do delito) e ao tipo derivado (circunstâncias que envolvem o delito na forma de qualificadoras ou causas de aumento de pena). As circunstâncias genéricas de elevação de pena não necessariamente precisam fazer parte da denúncia, mesmo porque são provadas no decorrer da instrução criminal.<sup>2</sup>

Renato Martins Prates revela que o art. 41 do CPP não é específico em relação às circunstâncias absolutamente imprescindíveis para o ajuizamento da ação penal. Mas lembra que o mais importante, antes de tudo, é que o fato seja típico, não importando, num primeiro momento, as circunstâncias que influirão somente na dosagem da pena, pois estas não fazem parte do fato típico. Entretanto, é necessário que o acusador descreva a conduta pormenorizadamente, a fim de possibilitar o exercício do direito de defesa do acusado.<sup>3</sup>

Com estas premissas, passemos à análise do aspecto conceitual da denúncia genérica.

Com o avanço da Ciência do Direito, novos institutos jurídicos surgem. Com eles, surge também a necessidade de conceituá-los, determinando seu papel e seu alcance, para que haja segurança jurídica.

Face à crescente criminalidade econômica, em que os crimes se apresentam com uma estrutura organizacional muitas vezes complexa, em razão

do grande número de pessoas envolvidas, buscou-se construir um conceito que, de certa forma, facilitasse ao Ministério Público o dever de denunciar.

Cabe salientar que a elaboração do conceito não necessariamente advém do recrudescimento da criminalidade econômica. Contudo, fato é que a elaboração do conceito passa, necessariamente, pela análise da criminalidade econômica, também chamada de criminalidade de empresa, que normalmente apresenta uma estrutura complexa no que diz respeito à pluralidade de pessoas envolvidas na prática criminosa, no *modus operandi* e na aparente indefinição de papéis.<sup>4</sup>

Leonardo Coelho do Amaral notou que “a chamada criminalidade de empresa [...] exige uma legislação processual mais adequada, conquanto certa e considerável parte da jurisprudência brasileira já venha *flexibilizando* algumas regras da lei em vigor, como se dá com a chamada denúncia genérica”.<sup>5</sup>

Renato Martins Prates diz que “a acusação genérica, em breve definição, é aquela em que não se imputa individualmente, com as circunstâncias necessárias, uma conduta criminosa ao acusado”.<sup>6</sup>

Hugo de Brito Machado, por sua vez, diz que denúncia genérica é a denúncia nos crimes de autoria plural ou cometidos por pessoa jurídica, na qual não se pode individualizar a conduta de cada um dos denunciados.<sup>7</sup>

Para Andreas Eisele, denúncia genérica é a denúncia elaborada sem a indicação específica da conduta de cada um dos autores em crimes cometidos em concurso de pessoas. Ressalta a importância da denúncia como elemento de publicidade da acusação, possibilitando ao acusado a elaboração da sua ampla defesa e o exercício do contraditório.<sup>8</sup>

Podemos notar que, com pequenas variações, o conceito de denúncia genérica envolve dois elementos comuns, quais sejam:

- a) o concurso de pessoas; e
- b) a falta de individualização da conduta a ser imputada a cada um dos acusados.

Com base nestes dados, podemos conceituar denúncia genérica como *a denúncia ofertada contra vários acusados em situações caracterizadoras do concurso de pessoas, sem que haja individualização da conduta imputada a cada um deles.*

A doutrina é vacilante em aceitar a denúncia genérica.

Andreas Eisele salienta que se a conduta é estabelecida de forma genérica, não determinando os limites fáticos da acusação, não atende aos requisitos da denúncia correspondentes à publicidade da acusação.<sup>9</sup> Assim, para ele, viola-se o princípio da publicidade se a denúncia não aborda com clareza as situações fáticas, atribuindo-as aos autores determinados.

Para Vicente Greco Filho, na denúncia, “a dúvida é impertinente”. Mas salienta que a individualização da conduta na denúncia é desnecessária, desde que “todos tenham participado igualmente da ação criminosa ou a conduta de todos tenha sido difusa ou multifária, como, por exemplo, num crime praticado por intermédio de sociedade em que não seja possível distinguir a atuação de cada uma”.<sup>10</sup>

Segundo Luiz Flávio Gomes, viola-se frontalmente o art. 41 do Código de Processo Penal quando a fundamentação é genérica, pois não se dá a oportunidade aos denunciados de fazer a sua defesa.<sup>11</sup>

Fernando da Costa Tourinho Filho manifesta-se contrariamente à denúncia genérica e lembra que a descrição circunstanciada, como elemento da denúncia, conforme diz o art. 41 do Código de Processo Penal, se torna ainda mais importante se a acusação é feita contra várias pessoas que estão reunidas pela circunstância de exercerem cargos de direção ou serem sócias de uma empresa.<sup>12</sup>

Fernando Capez aceita a denúncia genérica, mas ressalta que, ante a impossibilidade de descrever a conduta de cada um dos co-autores e partícipes, é necessário que o autor da ação penal deixe bem clara a existência das elementares do concurso de agentes. Contudo, “a atenuação do rigorismo do art. 41 do CPP não implica admitir-se a denúncia que nem de longe demonstre a ação ou omissão praticada pelos agentes, o nexo de causalidade com o resultado danoso ou qualquer elemento indiciário de culpabilidade”.<sup>13</sup>

Roberto dos Santos Ferreira lembra a importância crucial de uma peça acusatória bem narrada, possibilitando o exercício da ampla defesa. Deve, ainda, “[...] estar lastreada em conjunto probatório mínimo que sirva de supedâneo à pretensão do Estado manifestada na denúncia, [...]. Em outras palavras, é mister que haja justa causa para a imputação genericamente formulada na denúncia”.<sup>14</sup>

A lição de Hélio Tornaghi sobre a narração dos fatos na denúncia é crucial para o entendimento (e cabimento) da denúncia genérica:

Refere-se o Código à exposição minuciosa, não somente do fato infringente da lei, como também de todos os acontecimentos que o cercaram, não apenas de seus acidentes, mais ainda das causas, efeitos, condições, ocasião, antecedentes e conseqüentes. A narrativa circunstanciada ministra ao juiz elementos que o habilitam a formar um juízo de valor. Para que o ato humano seja considerado bom, força é que o seja tanto no essencial quanto no accidental. *No terreno do direito punitivo a circunstância por si só não determina a punibilidade, exatamente por não ser essencial. Mas a consideração dela permite uma retribuição jurídica mais perfeita por que adequada à gravidade do delito.*<sup>15</sup>

A jurisprudência dos tribunais superiores espelha esta divergência doutrinária.

Em alguns julgamentos de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a denúncia genérica, face ao grau de comprometimento com a narração fática, tem merecido especial atenção, notadamente pelo prejuízo existente ao direito de defesa. E apontou interessante aspecto, que não pode deixar de ser abordado: os postulados básicos do Estado de Direito são ofendidos com a aceitação da denúncia genérica, bem como há total violação do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>16</sup> Em razão disso, há nulidade absoluta e insanável, em razão do sacrifício do contraditório e da ampla defesa, garantias constitucionais do devido processo legal.<sup>17</sup>

Noutra decisão, o STF decidiu que nos crimes societários, a denúncia não pode ser genérica, pois ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado, de forma direta e objetiva. Do contrário, ofende os requisitos do CPP, art. 41 e os Tratados Internacionais, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), e é, por conta desta omissão, inepta. E lembra o Relator:

*O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjeto). A autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva.*<sup>18</sup>

Entretanto, este entendimento do STF somente se solidificou recentemente, vez que julgados mais antigos não enxergavam qualquer inconstitucionalidade na denúncia genérica.<sup>19</sup>

No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vigora o entendimento de que a denúncia genérica é admissível, notadamente em crimes societários, pois a denúncia somente poderá ser inepta se for inequivocamente deficiente e, deste modo, prejudicar o direito de defesa dos acusados. Assim, sendo difícil a individualização de cada um dos participantes, havendo fortes indícios de materialidade e autoria, é possível a denúncia “mais ou menos genérica”, interpretando-se o art. 41 do CPP.<sup>20</sup> Em outra decisão, o Ministro Relator ressalta que o momento adequado para a definição dos papéis na prática da infração penal é a instrução criminal.<sup>21</sup>

Do próprio conceito de denúncia genérica aqui proposto, pugna-se pelo seu reconhecimento em situações fáticas para afastar o recebimento da peça vestibular acusatória.

A denúncia genérica afeta o princípio do contraditório e da ampla defesa. Esses princípios, que são vinculados diretamente ao devido processo legal, ficam bastante feridos quando a denúncia não individualiza as condutas praticadas, pois, para que o exercício da defesa seja amplo, é necessário

o amplo conhecimento do fato que está sendo imputado aos agentes. Em outras palavras: a defesa do acusado somente será ampla se os fatos estiverem corretamente e exaustivamente descritos na denúncia. Amplitude de defesa envolve amplitude de acusação. Deve-se olvidar o entendimento de que o importante é a tipificação feita pelo representante do Ministério Público na petição inicial acusatória, mesmo porque esta tarefa – a tipificação – é feita pelo juiz na sentença (art. 383, CPP).

Aponta Suzane de Farias Machado Moraes que “imputação é atribuição de um fato típico, criminoso e culpável a uma determinada pessoa. Não pode ser consequência da vontade pessoal e arbitrária do Ministério Público”. Salienta, ainda, que “a imputação vaga, deficiente ou omissa, além de constituir abuso do poder de denúncia configura afronta à garantia constitucional do direito de defesa ampla”. Rechaça, por sua vez, o caráter de praticidade que é atribuído à denúncia genérica, pois ela, “por não conter a exposição do fato criminoso, deve ser repudiada”, pois sua admissão “pode parecer eficaz num exame superficial, onde a preocupação primeira seria a punição dos criminosos, mas significaria na verdade, mais uma violação aos princípios e direitos fundamentais”.<sup>22</sup>

Outro ponto que deve ser salientado sobre o tema é que a denúncia genérica tem também o terrível e indesejável poder de criar insegurança jurídica no meio social por meio de acusações infundadas. Como se disse acima, sua eficácia é incontestável, pois relega para o último plano o respeito aos princípios constitucionais. Mas o resultado dessa praticidade sob o ponto de vista processual encerra verdadeiro desrespeito ao devido processo legal, pois o acusado que não saiba a extensão da acusação não poderá fazer a defesa a contento. Conseqüentemente, o contraditório também sairá prejudicado.

Não há como aceitar o fato de alguém, por ser sócio ou exercer atividade de administração, seja responsável pela conduta criminosa praticada. A denúncia é peça essencialmente narrativa, na qual se narra a conduta praticada pelo acusado. Se essa narrativa é deficiente ou se a prova da conduta criminosa de cada um dos acusados vem a lume somente durante a instrução criminal, é imperioso dizer que não há ação penal, por total falta de justa causa para a propositura da ação penal, implicando a inépcia da denúncia. Há que se lembrar que a falta de descrição pelo menos sumária de cada conduta dos diretores e gerentes de empresas, no delito praticado por intermédio de pessoas jurídicas, não possibilita o estabelecimento do vínculo de causalidade entre o comportamento de cada um e o resultado antijurídico.

Acusação genérica é uma falha da acusação, tanto formal quanto material. Como se sabe, a precisão na acusação é que transmite ao julgador a certeza de estar julgando bem, sem que haja a necessidade de condenar em todo e qualquer caso. O que importa é que o acusado tenha a certeza de estar se defendendo de fatos certos e determinados, e não de qualquer fato.

E não é só. A denúncia “genérica” também fere de morte o princípio da presunção do estado de inocência, vez que o mandamento constitucional traz como consequência processual a obrigação de o órgão acusador comprovar a culpabilidade dos acusados. A acusação deficiente vai inverter o ônus da prova: a defesa é que terá que comprovar a sua inocência, o que poderá resultar no ferimento ao princípio da segurança jurídica no tocante ao *in dubio pro reo*. O devido processo legal, mais uma vez, será desrespeitado. Ademais, trata-se da admissão da presunção de culpa, absolutamente incabível, pois o Direito Penal moderno adota a responsabilidade subjetiva, devidamente comprovada no âmbito do processo penal tributário: é o Direito Penal da Culpabilidade.

As presunções no processo penal, principalmente para o oferecimento da denúncia nos crimes societários, revelam que a atribuição de funções pelo estatuto ou contrato social e o proveito pessoal que o agente auferiria com o delito são presuntivos fortes de autoria, mas devem ser sempre acompanhadas de outras provas igualmente contundentes. Ou seja, a prova da acusação ainda deve ser necessariamente desincumbida pelo Ministério Público, não durante a instrução criminal, mas sim na denúncia, em que o órgão acusador vai comprovar o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o resultado lesivo, imputando-o a autores determinados, com condutas também determinadas e especificadas no texto da petição inicial.

É importante que a denúncia venha bem definida, com seus delineamentos legais bem preenchidos, pois somente assim o contraditório e a ampla defesa, como princípios constitucionais, estarão inteiramente garantidos. O Ministério Público, hoje, tem poderes quase ilimitados, mas legais, respaldados por autorizações judiciais que podem ir fundo no funcionamento de uma pessoa jurídica sem a violação a direitos fundamentais do cidadão. Assim, o déficit investigatório não pode legitimar a denúncia genérica: cabe ao *Parquet* ser atuante e ele próprio pugnar pelo Estado de Direito Democrático, preservando as garantias constitucionais conseguidas depois de muita luta e sofrimento.

A produção de provas durante a instrução criminal somente será válida para corroborar a acusação que se faça perfeita em seus indícios de autoria e materialidade. Ora, se o órgão acusador deseja ter o período da instrução criminal para a reunião de provas, deve fazê-lo durante o inquérito policial, que é procedimento administrativo utilizado para esse fim. Se a criminalidade econômica é complexa, também deve ser a estrutura investigatória. Os princípios constitucionais não podem ser negociados sob nenhuma hipótese, pois eles não têm exceção. Somente assim será garantido o devido processo legal. Aliás, a impraticabilidade da individualização de cada conduta no texto da denúncia é pernicioso ao próprio Ministério Público, pois terá dificuldades maiores no momento da instrução criminal. A acusação deficiente compromete não só o exercício do direito de defesa, como também o próprio *jus accusationis*.

A denúncia genérica é a materialização, do ponto de vista processual, de um modo de pensar tipificante, que abre mão dos princípios constitucionais, notadamente da segurança jurídica, em prol de um resultado mais célere. Entretanto, como o princípio da segurança jurídica encerra um conceito, não pode ser relativizado.

Lembra Renato Martins Prates que o compromisso do juiz não é com o êxito da repressão penal, pois assim estaria agindo como parte processualmente interessada no desfecho da demanda. Sua responsabilidade é com a ordem jurídica, observada a primazia das normas constitucionais.<sup>23</sup> E continua dizendo que

não é a arbitrariedade ou a quebra das garantias constitucionais que resolvem o problema da má-formação e da pouca familiaridade da Polícia, MP e Magistratura, com os meandros do funcionamento da vida empresarial, do mercado de capitais, da contabilidade oficial e paralela, da informática e de seus truques. É preciso, antes de tudo, conhecer para poder agir.<sup>24</sup>

É lógico que tais modificações refletirão nas normas processuais penais, com sua especialização no que tange aos crimes econômicos. A consequência dessa balbúrdia legislativa e do cochilo do legislador no tocante à criminalidade moderna levou à adoção da tese da denúncia genérica, verdadeira barbaridade cometida contra o devido processo legal. E nunca é demais lembrar que o acusado se defende da imputação que contra ele é apresentada. Se ela for difusa, incerta ou genérica, não poderá exercer seu direito constitucional de defesa ampla.

Conclui-se, portanto, que da admissão da denúncia genérica restarão diretamente violados a segurança jurídica, uma vez que a acusação é incerta; o princípio da proteção da confiança, por não haver, por parte do Estado-Acusação, a demarcação *initio litis* do objeto da denúncia; e o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo desrespeito ao devido processo legal e os princípios que lhes são corolários.

Para finalizar, resta lembrar que, se efetivamente desejamos construir um modelo processual democrático, as (meta)regras devem ser vinculantes e cumpridas por todos os sujeitos processuais, em que pese tenham (os) trabalho redobrado. Mas quem disse que a luta pela democracia processual é fácil e isenta de custos e riscos? <sup>25</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Leonardo Coelho do. Crimes socioeconômicos e crimes fiscais: algumas características. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 187-225, abr./jun. 2003.

- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Criminalidade econômica e denúncia genérica: uma prática inquisitiva. In: BONATO, Gilson (Org.) *Garantias constitucionais e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 203-222.
- EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Dialética, 2002.
- FERREIRA, Roberto dos Santos. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Malheiros, 1996. 80 p.
- GOMES, Luiz Flávio. \_\_\_\_\_. Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 245-51, jul./set. 1995.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999
- MACHADO, Hugo de Brito. A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 12, p. 27-36, março 1998.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de direito penal tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Suzane de Farias Machado. Denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 89, p. 85-91, fev. 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PRATES, Renato Martins. *Acusação genérica em crimes societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 93 p.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago. *Processo penal nos crimes tributários: a formação do devido processo legal penal tributário*. Belo Horizonte: UFMG, 2004. 290 p. (Tese de doutorado.)
- TORNAGHI, Helio. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

---

<sup>1</sup> Não se deve olvidar, contudo, que a queixa também dá início à ação penal de iniciativa privada. Entretanto, face à especificidade do tema, não se abordará neste trabalho a queixa-crime, muito embora o que é falado sobre denúncia genérica, *mutatis mutandis*, também se aplica à queixa genérica.

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 191-192.

- <sup>3</sup> PRATES, Renato Martins. *Acusação genérica em crimes societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 25.
- <sup>4</sup> Para Renato Martins Prates (*op. cit.*, p. 16), “embora o estudo do crime societário tenha maior relevância no âmbito da criminalidade econômica, não seria apropriado, na sua definição, circunscrevê-lo aos delitos contra a ordem econômica, porquanto também se possa cogitar de crimes societários praticados contra outros bens jurídicos, como o meio ambiente, a saúde pública ou a honra, notadamente nos crimes de imprensa. O crime societário tampouco se define, necessariamente, como ‘crime colegial’ ou plurissubjetivo. O concurso de agentes, portanto, não é necessário, porque, embora para se constituir a sociedade haja, necessariamente, a convergência da vontade de várias pessoas, eventualmente somente o indivíduo, isoladamente, pode praticar atos criminosos em seu nome”.
- <sup>5</sup> AMARAL, Leonardo Coelho do. Crimes socioeconômicos e crimes fiscais: algumas características. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 43, p. 197-198, abr./jun. 2003.
- <sup>6</sup> PRATES, *op. cit.*, p. 17.
- <sup>7</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de direito penal tributário*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 135.
- <sup>8</sup> EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Dialética, 2002, p. 237.
- <sup>9</sup> *Ibid.*, p. 238.
- <sup>10</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 131.
- <sup>11</sup> Cf. anotações sobre sua palestra no 4º Seminário IOB sobre Crimes contra a Ordem Tributária, realizado em São Paulo em 17/5/1998 sob a coordenação de Fugimi Yamashita e Vittorio Cassone.
- <sup>12</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 385.
- <sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 126.
- <sup>14</sup> FERREIRA, Roberto dos Santos. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 75.
- <sup>15</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 45, grifos nossos.
- <sup>16</sup> STF. HC 84.768/PE. 2ª Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. em 8/3/05. Maioria.
- <sup>17</sup> STF. 1ª T. HC 83301/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. J. em 16/3/04. Maioria.
- <sup>18</sup> *Habeas Corpus* n. 80.549/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Nelson Jobim. J. em 20/3/2001. DJU I 24/8/2001. Unânime, grifos nossos.
- <sup>19</sup> “Não é inepta a denúncia, só por não descrever a conduta individual de cada um dos sócios denunciados, se a todos, indistintamente, atribui a prática do delito societário, afirmando-lhes a condição de administradores, que respondiam pelos atos a eles imputados, e estes, na impetração do ‘writ’, não o negam, podendo, em tal circunstância, apresentar ampla defesa no processo criminal”. (*Habeas Corpus* n. 74.813/RJ. 1ª Turma. Rel. Min. Sydney Sanches. DJU I 29/8/1997, p. 40.217. Unânime.)
- <sup>20</sup> STJ. HC n. 24994/SP (2002/0136481-0). 5ª T. Rel. Min. Gilson Dipp. J. 11/3/2003.
- <sup>21</sup> STJ. Recurso Especial n. 509.488/SC. Rel. Min. Gilson Dipp. 5ª Turma. J. 19/8/2003. Publ. DJU I 22/9/2003, p. 370
- <sup>22</sup> MORAES, Suzane Farias Machado. Denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 89, fev. 2003, p. 89-90.
- <sup>23</sup> PRATES, *op. cit.*, p. 87-88.
- <sup>24</sup> PRATES, *op. cit.*, p. 88-89.
- <sup>25</sup> CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Criminalidade econômica e denúncia genérica: uma prática inquisitiva. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias constitucionais e processo penal*, p. 221.

## CRIME IN ECONOMICS, GENERIC ACCUSATION AND THE DUE PROCESS OF LAW

### ABSTRACT

The analysis on the article 41 of the Brazilian Criminal Procedure Code and the generic accusation. Generic accusation concept and its doctrinal interpretation. Generic accusation and crime in economics. Generic accusation and the violation of the constitutional rules concerning the criminal procedure: presumption of innocence, legal equality, alter ego defense. Misrespect of the rule of law. Disobedience of the human dignity principle, bound by international treaties such as the Pact of San Jose of Costa Rica. Position of the Federal Supreme Court and of the Higher Court of Justice on the generic accusation.

**KEYWORDS:** Generic accusation. Due process of law.

### CRIMINALITÉ ÉCONOMIQUE, DÉNONCIATION GÉNÉRIQUE ET DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article qu'analyse l'art. 41 du Code de procédure pénal et de la dénonciation générique. Concept de dénonciation générique et son interprétation par la doctrine. Dénonciation générique et criminalité économique. Dénonciation générique et violation des principes constitutionnels de la procédure pénale: présomption d'innocence, principe de l'isonomie, droit à un procès équitable. Infraction au principe de la sécurité juridique. Atteinte au principe de la dignité de la personne humaine, prévu par des traités internationaux, notamment le Pacte de San José de Costa Rica. Jurisprudence du Suprême tribunal fédéral et du Supérieur tribunal de justice sur la dénonciation générique.

**MOTS-CLÉS:** Dénonciation générique. Droit à un procès équitable. Plénitude de la défense. Principe de la dignité de la personne humaine. Criminalité économique. Principes constitutionnels de la procédure pénale.

# CONTRIBUIÇÃO DA DOCTRINA CRISTÃ PARA O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

*Paulo Henrique Gonçalves Portela\**

1 Introdução. 2 Os Direitos Humanos, o conceito de dignidade humana e a universalidade: contribuição da doutrina cristã. 3 O Antigo Testamento: os Dez Mandamentos e o Judaísmo. 4 A doutrina cristã: a missão de Jesus Cristo. 5 A Igreja Primitiva. 6 De Leão XIII a João Paulo II. 7 A contribuição da doutrina cristã para os direitos humanos na Constituição Federal: breve síntese. 8 Conclusão.

## RESUMO

Este artigo pretende apresentar a contribuição da doutrina cristã para o desenvolvimento dos direitos humanos, enfatizando o aporte oferecido para a conformação de um sistema fundamentado nas idéias de dignidade, igualdade e universalidade, bem como destacando alguns valores que encontram previsão na Bíblia e no ensinamento da Igreja.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Doutrina cristã. Bíblia. Dignidade. Igualdade. Universalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

O principal objetivo deste artigo é demonstrar que o Cristianismo, em sua doutrina, também aponta para a dignidade humana e para a necessidade de sua promoção. Aqui procuraremos demonstrar que a doutrina cristã prevê a proteção de direitos diretamente associados à condição do ser humano e, pela influência que vem exercendo no decorrer da história da humanidade, contribui para a formatação de um sistema de proteção dos direitos humanos.

Entretanto, é mister advertir que este trabalho não se reveste de caráter religioso. Ao mesmo tempo, não é nosso objetivo, inclusive em razão do

---

\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará e em Diplomacia pelo Instituto Rio Branco do Ministério das Relações Exteriores, Diplomata de Carreira, Assessor para Assuntos Internacionais do Gabinete do Governador do Estado do Ceará, Professor da Faculdade Christus.

espaço disponível, explorar questões polêmicas envolvendo a Igreja e sua relação com os Direitos Humanos no passado e no presente. Além disso, por conta da vasta contribuição oferecida pela doutrina cristã para a conformação de um sistema de proteção dos Direitos Humanos, não ambicionamos tampouco apresentar trabalho de maior profundidade jurídica.

No bojo deste exercício, queremos tão-somente apresentar um pouco do aporte da doutrina cristã para o desenvolvimento dos direitos humanos como hoje os conhecemos, o que faremos nos referindo sempre que possível à Declaração Universal dos Direitos Humanos e à Constituição Federal. Nesse sentido, destacaremos resumidamente a missão de Jesus Cristo e a ação da Igreja, notadamente a Católica, recorrendo diretamente à Bíblia, mas também a fontes da doutrina jurídica. Indicaremos elementos de direitos humanos presentes no Judaísmo, o qual influenciou a conformação da doutrina cristã e cujas leis, como o próprio Cristo afirmou, não foram de todo suprimidas. Faremos, ainda, um apanhado geral de como a doutrina cristã contribuiu para a elaboração dos conceitos de dignidade humana, igualdade e universalidade, que são nucleares para os direitos humanos.

Com isso, pretendemos demonstrar que muitos direitos hoje considerados fundamentais e que gozam de amplo consenso em torno de sua relevância já tinham previsão no âmbito da doutrina cristã, a qual previa - e prevê - regras de proteção aos valores essenciais para os seres humanos. Ademais, destacaremos o papel que a Cristandade exerceu e ainda exerce na configuração do mundo como um todo e da civilização ocidental em particular, dentro da qual se insere o Brasil, e onde o desenvolvimento de um sistema de proteção dos direitos humanos teve maior impulso.

## **2 OS DIREITOS HUMANOS E AS IDÉIAS DE DIGNIDADE HUMANA, IGUALDADE E UNIVERSALIDADE: CONTRIBUIÇÃO DA DOCTRINA CRISTÃ**

A existência de direitos humanos fundamenta-se nas idéias nucleares de dignidade humana, igualdade e universalidade, ou seja, no reconhecimento de que todos os seres humanos, sem distinção, merecem igual respeito, como sujeitos de direitos que lhe são inerentes. Nesse sentido, Comparato escreve:

○ que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, de descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.<sup>1</sup>

A construção do conceito de dignidade humana foi um processo que, no campo da religião, começou a partir da afirmação da fé monoteísta<sup>2</sup>, da qual a religião cristã é uma espécie. No universo cristão, o mundo foi criado por um Deus único, transcendente e perfeito, diferente dos vários deuses de então, que tinham poderes sobre-humanos, mas compartilhavam com a humanidade alguns de seus defeitos. Na doutrina cristã, esse Deus único criou o ser humano como Sua imagem e semelhança, conferindo ao indivíduo, portanto, a dignidade da perfeição.

Ao mesmo tempo, Deus deu ao ser humano preeminência sobre todas as outras formas de vida, conferindo-lhe um valor que as demais criaturas não possuíam. Essa posição eminente enfatizava-se ainda mais a partir da premissa de que o homem, semelhante ao único Deus e superior a todas essas formas de vida, passava a não mais ser considerado como estando sob o poder de divindades que amiúde eram representações de fenômenos naturais ou de criaturas que não possuíam as mesmas qualidades do ser humano. Ao contrário, tais fenômenos e criaturas passavam a estar sob o domínio da humanidade:

E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra. E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou. E Deus os abençoou e lhes disse: Frutificai e multiplicai-vos, e enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar e sobre as aves dos céus, e sobre todo o animal que se move sobre a terra.<sup>3</sup>

Dessa forma, a doutrina cristã afirma o valor e a dignidade de cada ser humano por haver sido criado à imagem e semelhança de Deus, portanto com natureza espiritual e divina. Tal importância é revelada também pelo caráter de bondade da obra do Criador, expresso em Gênesis 1, 30: “E viu Deus tudo quanto tinha feito, e eis que era muito bom”.

Na Bíblia, a idéia da dignidade do ser humano veio a ser reforçada a partir do momento em que São Paulo, em I Coríntios 6, 19, afirma: “Ou não sabeis que o vosso corpo é o templo do Espírito Santo, que habita em vós, proveniente de Deus, e que não sois de vós mesmos?”. Com isso, confere-se ao indivíduo a prerrogativa do enorme respeito de que gozavam os templos religiosos à época. Para reforçar esse entendimento do valor que se imprime aos indivíduos a partir desse texto bíblico, João Baptista Herkenhoff afirma:

Essa afirmação é rica de conseqüências no que se refere aos Direitos Humanos. Como um ser que é templo do Espírito Santo, ou seja, que é morada do próprio Deus, pode ser torturado, pode morrer de fome, pode ficar ao desabrigo, pode ser discriminado? Nenhuma violação dos direitos da pessoa humana será coerente com a proclamação do homem como casa de Deus.

O fato de Deus haver criado o homem à Sua imagem e semelhança também aponta para a igualdade essencial que existe entre todos os seres humanos. Como cada pessoa foi criada à imagem e semelhança de Deus, todos são essencialmente iguais e compartilham uma natureza comum e uma “identidade de origem”<sup>4</sup>, que independe de diferenças biológicas, psicológicas ou culturais. Mesmo diferenças como aquela que há entre mulher e homem acabam enfatizando essa igualdade, já que, se tanto a mulher como o homem foram criados à imagem e semelhança de Deus, todos são iguais na essência<sup>5</sup>.

Esse tema será amplamente tratado pela doutrina cristã na Idade Média, que trabalhou no sentido de desenvolver o conceito de pessoa e chegou à conclusão, com Santo Tomás de Aquino, que o indivíduo tinha, ao mesmo tempo, uma natureza espiritual e corporal. Independente de todas as diferenças de qualquer ordem tanto no campo material como de ordem biológica ou cultural, os homens seriam sempre iguais no plano espiritual por serem obra de Deus. Seriam, portanto, iguais em sua essência. É essa igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de “direitos humanos”, direitos comuns à espécie humana, resultantes de sua própria natureza e aplicáveis a qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo, sem distinção de nenhuma espécie.

Nesse sentido, cabe ressaltar que o Judaísmo, como a maioria das religiões surgidas à mesma época, era uma religião nacionalista e o culto de um povo determinado, no caso o judeu, que se considerava o “povo eleito” por Deus como destinatário exclusivo de sua mensagem. Entretanto, cabe ressaltar que num dos mais antigos livros do Antigo Testamento, o Deuteronômio, já se encontra a afirmação de que Deus não faz “acepção de pessoas”<sup>6</sup>. Dessa forma, há muito tempo já se podia vislumbrar a superação do nacionalismo religioso e a abertura para o culto universal a Deus e a observância dos valores expressos em sua Palavra em todas as partes do mundo.

Ao contrário do Judaísmo, o Cristianismo nasceu com vocação universal. A ordem de Jesus Cristo para que seu ensinamento fosse levado até os confins da terra e a ação da Igreja Primitiva salientando a igualdade entre todas as pessoas, traduzida pelas palavras de São Paulo, que afirma em Gálatas 3,28 que “Não há judeu nem grego; não há escravo nem livre; não há homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus”, apontam para o caráter universal da doutrina cristã e para sua aplicabilidade a todos os membros da espécie humana, independente de origem, raça, cor, língua, sexo, posição social ou qualquer outra condição.

De fato, a idéia da universalidade é uma das características dos direitos humanos e seu sistema de proteção internacional. Na guarida da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos instrumentos internacionais subseqüentes, esse sistema é entendido como universal e transnacional, podendo ser aplicado a qualquer pessoa em todo lugar do mundo sem distinção de nenhuma espécie:

Artigo 1: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2: I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Ao finalizar este ponto, caberia destacar a contribuição peculiar oferecida pelos teólogos e juristas espanhóis da *Escuela de Salamanca*, do século XIV. Em nome dos direitos invioláveis da pessoa humana, esses estudiosos admitiram a possibilidade de um direito de ingerência (*derecho de intervención*), pelo qual um povo poderia intervir em favor de outro povo que estivesse sofrendo afrontas à sua dignidade e a seus direitos, inclusive com o emprego da força armada quando outros meios se revelassem ineficientes. Em caso extremo, o poder interveniente, que poderia ser um Estado, atuaria em nome da própria humanidade, ainda que a intervenção não fosse solicitada pelos povos cujos direitos estivessem sendo violados.<sup>7</sup> Esse é um dos antecedentes das teorias de relativização da soberania que possibilitariam a existência do Direito Internacional e de um sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, marcados pela existência de instrumentos de monitoramento e supervisão internacionais com poderes para manifestar-se e deliberar sobre temas antes da competência exclusiva de entidades estatais soberanas e, em casos extremos, intervir diretamente no âmbito interno dos Estados.

### 3 O ANTIGO TESTAMENTO: OS DEZ MANDAMENTOS E O JUDAÍSMO

Considerados ao mesmo tempo conteúdo fundamental da Lei judaica e da ética cristã, os Dez Mandamentos conformam uma pauta de valores e apontam alguns dos direitos essenciais para o pleno desenvolvimento do indivíduo.

Decerto que os Mandamentos têm a forma de ordens e, dessa forma, aparentam consistir apenas em deveres. Entretanto, entendemos que o estabelecimento de uma obrigação implica no surgimento de um direito. Em outras palavras: a realização de um direito está associada à obrigação de outrem de respeitar esse direito.<sup>8</sup> Tal fato vem chamar a atenção para o aspecto do dever no campo dos direitos humanos, o qual, embora pouco enfatizado por boa parte da doutrina e da sociedade em geral, é reconhecido pelos artigos 1 e 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>9</sup> Esse é também o entendimento do Vice-Presidente da Corte Suprema de Israel, Haim Cohn, para quem “*when a legislator imposes an obligation or forbids one to perform a certain action, by implication he is also granting a right*”.<sup>10</sup>

A variedade desses direitos indica a existência de várias dimensões dos direitos humanos, o que seria desenvolvido pela doutrina séculos mais tarde. Ao mesmo tempo, o fato de alguns desses direitos estarem associados entre si aponta para a interdependência dos direitos humanos para a sua concretização.

O direito à vida, pressuposto de todos os outros direitos, é protegido pelo sexto Mandamento: “Não matarás”. Tal era a força desse comando que, mesmo em vista das hipóteses em que a lei judaica permitia a pena de morte, os sacerdotes vieram a trabalhar para restringir ao máximo a aplicação dessa medida, criando garantias processuais como a necessidade de um número maior de testemunhas e ritos processuais mais complexos, formando um verdadeiro direito ao contraditório e à ampla defesa.<sup>11</sup>

O direito à propriedade é objeto do oitavo Mandamento (“Não roubarás”) e do décimo (“Não desejarás a casa de teu próximo, nem o seu campo, nem o seu servo, nem o seu boi nem o seu jumento nem coisa alguma do teu próximo”). Cabe destacar que o décimo Mandamento, ao procurar proteger a propriedade de todos e evitar a instabilidade que eventualmente geram disputas por bens, pode também ser interpretado como referência à igualdade e afirmação do direito à segurança pessoal, o qual é elencado no artigo 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O quarto Mandamento, que concede o direito ao descanso semanal, refere-se não só a um direito básico dos trabalhadores na atualidade, mas também à função social do trabalho, cuja razão de ser é permitir a sobrevivência e o bem-estar do homem e o progresso social, e não a sua exploração, como proclamado por Jesus em Marcos 2, 27: “O sábado foi feito por causa do homem, e não o homem por causa do sábado”.

A propósito, o trabalho é valorizado e protegido em toda a extensão da Bíblia, começando pelo fato de que a criação do mundo foi obra do trabalho de Deus. Em Deuteronômio 24,14, prega-se: “Não oprimirás o trabalhador pobre e necessitado”. Em Eclesiastes 5, 12 afirma-se que “Doce é o sono do trabalhador”. E o profeta Jeremias pregou contra aqueles que não pagam o salário dos trabalhadores.<sup>12</sup> No Novo Testamento, o trabalho é visto como oposto ao roubo e como condição para o amparo aos necessitados pela geração de riqueza que proporciona.<sup>13</sup>

A família e o idoso são protegidos pelo quinto Mandamento (“Honrarás pai e mãe”), pelo sétimo (“Não adulterarás”) e pelo décimo (“Não cobiçarás a mulher do próximo”). Cabe ressaltar que, não obstante haver polêmica no tocante ao conceito de “família”, esta é protegida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 16, III, nos seguintes termos: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

A liberdade de culto, o respeito à identidade cultural e a autodeterminação dos povos são resguardados pelos primeiros três Mandamentos, que

apontam quem é o Deus dos judeus, definindo-o como único, sem adotar aparência semelhante a qualquer outra forma da natureza e nome específico. Numa época em que impérios impunham seus valores a povos dominados, como tantas vezes aconteceu com o povo judeu, a Torá procurava proteger a religião judaica e os valores que distinguiam o judeu do não-judeu, bem como o direito do povo de determinar seus próprios destinos. De fato, foi o monoteísmo que fez de Israel uma nação.<sup>14</sup>

Ao determinar “Não dirás falso testemunho contra teu próximo”, o nono Mandamento procura resguardar a honra, como faz a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 12, ao determinar que

“Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

No Judaísmo, apareceriam ainda outros institutos que seriam considerados como parte do universo dos direitos humanos. Dentre esses cabe citar a redução das desigualdades sociais, expressa nos preceitos de ajudar os necessitados e de fazer o bem e a justiça<sup>15</sup>. A função social da propriedade é objeto do Ano do Jubileu<sup>16</sup>, que ocorria a cada quarenta e nove anos, quando as propriedades deveriam ser devolvidas a seus antigos donos, os escravos deveriam ser libertos e a terra não deveria ser cultivada, evitando assim o acúmulo de bens que poderia gerar desigualdade. O meio ambiente equilibrado é garantido pelo Ano Sabático<sup>17</sup>, pelo qual a terra deveria descansar do cultivo a cada sete anos, resguardando o ambiente da degradação. É mister ainda ressaltar o direito a receber dos tribunais remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos, o direito a um julgamento justo, sem falso testemunho e suborno e o direito à indenização por dano.<sup>18</sup>

Entretanto, o princípio de todos os Mandamentos e da Torá, bem como norma que permite abranger situações não claramente previstas pela Lei judaica, é o de que “todos devem fazer o que é justo e bom aos olhos de Deus”. Para Cohn, esse princípio orientará também toda a interpretação da Lei, cuja aplicação deverá ser voltada para o valor da justiça, a qual pode não se realizar quando um indivíduo não abrir mão de seu direito total. Em outras palavras, a Torá estabelecia que os juízes deveriam julgar “além da medida da lei”, desde que considerando o espírito de bondade e de justiça que deve norteá-la e o fim maior que a fundamenta.<sup>19</sup>

Finalmente, cabe destacar que o surgimento do Reino de Israel e o reinado de Davi, entre os séculos XI e X a. C., são considerados por Comparato como a proto-história dos direitos humanos. Para esse autor, o Reino de Israel trata-se de um primeiro ensaio de limitação do poder, fator associado à realização dos direitos humanos, e de “passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser

reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder”.<sup>20</sup> De fato, o Rei Davi era a figura do soberano que não se declara deus nem legislador, mas sim o responsável supremo pela execução de uma lei que lhe é anterior, a divina, emanada de um Deus único e transcendente. Para Comparato, esse é o embrião daquilo que no futuro seria designado “Estado de Direito”, organização política em que os governantes não criam o direito para justificar seu poder, mas se submetem às normas de autoridade superior. Posteriormente, na Idade Média, Santo Tomás de Aquino desenvolveria a mesma linha de pensamento, centrada na idéia de que todos os poderes humanos estavam subordinados e limitados pela lei de Deus.

#### 4 A DOCTRINA CRISTÃ: A MISSÃO DE JESUS CRISTO

A Palavra de Jesus Cristo demonstra a afinidade da mensagem do Cristianismo com os direitos humanos, aportando regras que formam um conjunto de prerrogativas importantes para que a espécie humana viva com dignidade. Em sua missão terrena, Jesus atuou no sentido de promover a pessoa humana por meio dos diversos atos e milagres que praticou e de uma mensagem que, sintetizada no amor a Deus e ao próximo, permitiria “implementar uma sociedade realmente livre, justa e solidária”<sup>21</sup>, na qual o indivíduo seria tratado da maneira digna que corresponde a um ser criado à imagem e semelhança de Deus.

A mensagem evangélica proclama a igualdade de todos os seres humanos. De fato, Cristo dirigia sua Palavra e sua ação não só aos judeus adultos e homens, mas também a povos e grupos discriminados na sociedade da época, como os samaritanos, romanos e estrangeiros em geral, crianças, mulheres, pecadores, doentes – a exemplo dos leprosos - e toda sorte de desamparados, antecipando aquilo que São Paulo afirmaria posteriormente em Romanos 2,11, ao recordar que “para Deus, não há acepção de pessoas”. Com isso, a mensagem de Cristo e os direitos que aporta adquirem também o caráter da universalidade, inerente aos direitos humanos, e caminham para a superação daquilo que Comparato chamava de “concepção nacionalista da religião”<sup>22</sup>, pela qual cada culto pertencia a um povo específico.

No campo da igualdade e da universalidade, queremos ressaltar especificamente o papel da mulher, que tinha uma posição de total inferioridade na sociedade da época de Cristo. Entretanto, a mulher na Cristandade adquire um protagonismo sem muitos precedentes, como é ressaltado pelo papel de destaque conferido na Bíblia a Maria, mãe de Jesus, e a Maria Madalena, primeira pessoa a ter contato com Cristo já ressuscitado. Outro ponto a sublinhar é o tratamento que Cristo dispensava aos desamparados da época, valorizando sua dignidade e atendendo as suas necessidades. Nesse sentido, Jesus referia-se com destaque em sua mensagem ao pobre, às viúvas, aos órfãos, aos cobradores de impostos etc.

Entretanto, Jesus fez alusão a muitos outros direitos em sua missão que aqui exemplificaremos, a começar pela vida, o que se pode demonstrar por

sua oposição à pena de morte contra a mulher adúltera em João 8, 1-11, Entretanto, não há maior expressão do valor que Cristo atribuía à vida do que sua própria Ressureição, bem como os milagres em que devolveu a vida a Lázaro e à filha de Jairo.

Jesus foi um defensor da fraternidade. Com isso, cada pessoa teria o dever de tratar ao outro como irmão, como na parábola do homem que teve sua dívida perdoada pelo rei e não perdoou a dívida que outro tinha com ele.<sup>23</sup> A fraternidade pregada por Jesus encontra eco na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que determina em seu primeiro artigo que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”, e na Encíclica *Pacem in Terris*, em que o Papa João XXIII afirma que “A convivência humana requer que os homens colaborem nos múltiplos empreendimentos que a civilização contemporânea sugere ou reclama”<sup>24</sup>. Ainda nessa linha, Jesus pregava a paz e a misericórdia, proibindo a vingança, ordenando o perdão ao inimigo e exaltando a mansidão no Sermão da Montanha<sup>25</sup>, em que diz: “Bem-aventurados os mansos, porque possuirão a terra. Bem-aventurados os misericordiosos, porque encontrarão misericórdia. Bem-Aventurados os que promovem a paz, porque serão chamados Filhos de Deus”.

Jesus também fará alusão ao direito ao trabalho, valorizando-o pela dimensão de serviço de sua missão, salientada em Mateus 20,28, ao proclamar: “Pois o Filho do Homem não veio para ser servido. Ele veio para servir e dar a sua vida como resgate de muitos”. Cristo também destaca o direito a uma remuneração que permita ao indivíduo e a sua família uma existência digna, como na parábola relativa ao dono da vinha que contratou vários trabalhadores durante todo o dia e pagou aos últimos contratados o mesmo que pagou aos primeiros.<sup>26</sup> Aqui, o pagamento do mesmo salário pode ser entendido como o reconhecimento de que todos têm as mesmas necessidades básicas.

A valorização da família, que é ressaltada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 16 (“A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”) é objeto de alusão no episódio da mulher adúltera anteriormente mencionado, quando Jesus ordena “vá e não peques mais”.<sup>27</sup>

A alimentação e a saúde, elencados entre os mais fundamentais direitos na Declaração Universal (artigo 25), também foram objeto de promoção por parte de Jesus. Nesse sentido, são célebres o episódio da multiplicação dos pães<sup>28</sup>, que ademais alude à necessidade da distribuição dos frutos da riqueza humana, e os múltiplos milagres, descritos com precisão em Lucas 7, 22: “Voltem e contem a João o que vocês viram e ouviram: os cegos recuperaram a vista, os paralíticos andam, os leprosos são purificados, os surdos ouvem, os mortos ressuscitam”.

Ao finalizar este breve tópico, cabe salientar que todo o ensinamento de Jesus pode se resumir no fundamento básico do amor e na necessidade de concretizá-lo em cada ocasião em que se aplicar algum dos Dez Mandamentos ou qualquer outro ensinamento cristão. De fato, o amor é a essência, espírito e princípio que norteia toda a mensagem evangélica, e nenhuma regra pode ser vista senão sobre essa ótica. Pela leitura da Bíblia, percebe-se que amar é resgatar e construir a dignidade.

Por analogia, cabe registrar também que essa visão vem a chamar a atenção para a necessidade de que as normas de direitos humanos sejam interpretadas em vista dos princípios que as norteiam e dos valores que procuram concretizar.

## 5 A IGREJA PRIMITIVA

A Igreja Primitiva é aquela que se constituiu logo após o encerramento da missão de Jesus no mundo e que foi conduzida pelos Apóstolos, principais discípulos de Cristo em sua missão na Terra.

Em seus primórdios, a Igreja Primitiva procurava pautar sua atuação pela promoção da dignidade humana, princípio basilar da proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, costuma-se destacar a ação da Igreja no sentido de garantir o atendimento às necessidades básicas de todos os membros da comunidade, como a alimentação e a moradia, e de combater a desigualdade pela partilha dos bens, como se implementasse uma pauta daquilo que hoje conhecemos como “Direitos de Segunda Dimensão”. Em Atos dos Apóstolos 2, 44, lê-se: “Todos os que abraçavam a fé eram unidos e colocavam em comum todas as coisas; vendiam suas propriedades e seus bens e repartiam o dinheiro entre todos, conforme a necessidade de cada um”.

Ao mesmo tempo, a Igreja Primitiva, especialmente a partir de Paulo, veio a consolidar a afirmação da universalidade desses direitos, ao superar a premissa de que Deus teria privilegiado apenas um “povo eleito”, único destinatário da mensagem divina. Nesse sentido, Pedro declara nos Atos dos Apóstolos 10, 34: “Então na verdade reconheço que Deus não faz acepção de pessoas”. Já Paulo afirma, em Gálatas 3,28, que “Não há judeu nem grego; não há escravo nem livre; não há homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus” e em Romanos 10,12 que “Porquanto não há distinção entre judeu e grego; porque o mesmo Senhor o é de todos, rico para com todos os que o invocam”. Cabe recordar que Paulo se destacou na história do Cristianismo como o principal discípulo responsável pelo início do processo de difusão da mensagem cristã além das fronteiras de Israel, levando a Palavra até a Grécia e Roma, dentre outras regiões, afirmando sua aplicabilidade para o mundo inteiro e reafirmando a filiação divina de todos os homens.

## 6 DE LEÃO XIII A JOÃO PAULO II

A partir do final do século XIX, época marcada pela Revolução Industrial e pela reação do marxismo às graves injustiças sociais existentes, a Igreja Católica passou a atuar de maneira mais enfática no campo dos direitos humanos.<sup>29</sup> Naquela época, conduzia a Igreja o Papa Leão XIII, que lançou uma série de encíclicas que ressaltavam o valor dos direitos da pessoa humana, dentre as quais se destaca a *Rerum Novarum*, que veio a conceder particular importância aos direitos do indivíduo no campo social e a contribuir decisivamente para a conformação daquilo que se chamaria “Doutrina Social da Igreja”.

Na *Rerum Novarum*, o Papa Leão XIII criticava a precariedade das condições de vida dos trabalhadores e, em resposta, preconizava a valorização do trabalho, entendido não como mera mercadoria, mas como importante para dignificar a existência humana. A propriedade privada continuava sendo considerada um direito, mas com função social, devendo ser usada em benefício de vários atores da sociedade, e não de um só proprietário. O Estado, por sua vez, deveria regular os interesses privados e coletivos em prol do bem comum e da dignidade humana.

Os Papas seguintes continuaram a pautar a ação da Igreja Católica pela promoção dos direitos humanos. Bento XV (1914-1922) ganhou notoriedade por sua defesa da paz durante a I Guerra Mundial. Pio XI (1922-1939), citado por Bicudo<sup>30</sup>, veio a destacar em suas encíclicas a defesa da liberdade diante do totalitarismo em voga em muitas partes do mundo na época e da igualdade contra o racismo nazista, bem como manteve a pregação de Leão XIII pela dignidade no trabalho e pelo caráter individual e social da propriedade. Já Pio XII veio a propor a criação de instituições internacionais que, após a II Guerra Mundial, tivessem a missão de promover a proteção dos direitos humanos.<sup>31</sup>

No pontificado de João XXIII (1958-1963), num mundo de grande progresso econômico e tecnológico, as encíclicas *Mater et Magistra* e *Pacem in Terris* enfatizam os direitos dos indivíduos e dos povos aos frutos dos avanços da humanidade e a necessidade da socialização e internacionalização das riquezas, direitos e liberdades. Nesse contexto, o Concílio Vaticano II, convocado por João XXIII, reafirma a excelsa dignidade da pessoa humana, sua superioridade sobre as coisas e seus direitos e deveres universais e invioláveis. Assim sendo, prega que é necessário que se facilite ao homem tudo o que é necessário para que viva uma vida digna, como o alimento, vestuário, habitação, educação, trabalho, informação, proteção da vida privada e da liberdade religiosa. A ordem social deve subordinar-se ao bem do ser humano. E, finalmente, o Concílio clama contra uma série de afrontas contra a dignidade do indivíduo, como a escravidão, a tortura, as condições subumanas de vida, a prostituição, as más condições de trabalho etc.

No papado de Paulo VI, a questão social continua a ser salientada. Aqui cabe destacar o papel da encíclica *Populorum Progressio*, que enfatiza os proble-

mas econômicos e insiste na evolução integral do homem, o que alude ao fato de que os direitos humanos preconizam o desenvolvimento total da pessoa. Já João Paulo II continuou a marcar a atuação da Igreja no combate às distorções da economia de mercado. Entretanto, outros temas adquiriram destaque, como o combate ao totalitarismo, a promoção da paz e a defesa do direito à vida.

## 7 A CONTRIBUIÇÃO DA DOCTRINA CRISTÃ PARA OS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: BREVE SÍNTESE

A Constituição Federal incorpora vários direitos que também se encontram previstos no bojo da doutrina cristã, alguns dos quais mencionaremos aqui a título de exemplo, com destaque para aqueles incluídos entre os Princípios Fundamentais e os Direitos e Garantias Fundamentais, o que indica a relevância que lhes foi atribuída no ordenamento jurídico brasileiro como dispositivos essenciais para a construção de uma sociedade onde cada indivíduo possa ter uma existência digna.

O art. 1º, III, da Carta Magna indica como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a “dignidade da pessoa humana”, valor basilar para os direitos humanos. Essa dignidade deverá ser promovida nos termos do art. 3º, que dispõe o que se segue:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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.

Também o art. 5º, *caput*, refere-se a direitos presentes no Cristianismo: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. No mesmo artigo, são enumerados vários outros direitos mencionados na Bíblia e objeto da doutrina cristã, como a igualdade entre homens e mulheres (inc. I), proteção à honra e à intimidade (inc. X), direito à propriedade e sua função social (incisos XXII e XXIII), herança (inc. XXX), exercício da jurisdição e direito ao julgamento justo (incisos XXXV, XXXVII, LVII, LII e LIV), proibição da discriminação racial (inc. XLII) e tratamento humano aos presos (incisos VII e XLIX).

Nos artigos 6º e 7º, que abrangem os Direitos Sociais, incluem-se direitos aos quais encontramos referência no Antigo e no Novo Testamento, como

a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Já os trabalhadores terão direitos, indicados no art. 7º, como um salário mínimo que atenda suas necessidades básicas e as de sua família (inc. IV), proteção do salário e criminalização de sua retenção (inc. X), repouso (descanso semanal e férias, mencionados nos incisos XV e XVII) e proibição de discriminação (incisos XXX e XXXI).

A Constituição menciona ainda vários outros direitos que encontram respaldo na doutrina cristã, como a proteção do meio ambiente (art. 225). Destacamos, ademais, que o capítulo relativo à Ordem Econômica e Social estabelece, no art. 170, que “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”, fundamentada em princípios como a propriedade privada e sua função social, a proteção do meio ambiente e redução das desigualdades sociais e regionais.

## 8 CONCLUSÃO

Diante do exposto neste trabalho, pode-se concluir que valores incluídos no âmbito da doutrina cristã se afinam com os direitos humanos. Nesse sentido, esses princípios e regras, bem como a atuação da Igreja, vão efetivamente colaborar no processo - ainda em curso - de construção do sistema dedicado a sua proteção, até mesmo por conta do papel que o Cristianismo teve na conformação de alguns dos principais ordenamentos jurídicos do mundo.

A preocupação cristã com os direitos humanos é proclamada pelo Papa João XXIII na Encíclica *Pacem in Terris*, em que declara que “o homem tem direitos e deveres que emanam direta e simultaneamente de sua própria natureza, sendo assim tais direitos e deveres universais, invioláveis e inalienáveis”.

A título de síntese, entendemos que esses direitos e deveres podem estar sintetizados no texto evangélico relativo ao Juízo Final<sup>32</sup>, o qual reproduzimos parcialmente em seguida:

Quando o Filho do homem vier na sua glória, acompanhado de todos os anjos, então se assentará em seu trono glorioso. Todos os povos da terra serão reunidos diante dele, e Ele separará uns dos outros, assim como o pastor separa as ovelhas dos cabritos. E colocará as ovelhas à sua direita, e os cabritos à sua esquerda. Então o Rei dirá aos que estiverem à sua direita: Vinde, benditos de meu Pai. Recebam como herança o Reino que meu Pai lhes preparou desde a criação do mundo. Porque tive fome, e me destes de comer; tive sede, e me destes de beber; era estrangeiro, e me receberam em sua casa; estava nu, e me vestistes; estava doente, e me visitastes; estava na prisão, e fostes me visitar. Então os justos lhe perguntarão: Senhor, quando foi que te vimos com fome, e te demos de comer, com sede, e te demos de beber? Quando foi que te vimos estrangeiro, e te recebemos em casa, ou

nu e te vestimos? Quando foi que te vimos doente ou na prisão e fomos te visitar? Então o Rei lhes responderá: Em verdade vos digo: todas as vezes que fizestes isso a um dos menores de meus irmãos, foi a mim que o fizestes.

Com o texto que acabamos de citar, podemos reunir dois aspectos fundamentais de nosso trabalho. Primeiro, a dignidade da pessoa humana, imagem e semelhança de Deus, salientada por Jesus - que também é Deus para a teologia cristã - ao dizer que “todas as vezes que fizestes isso a um dos menores de meus irmãos, foi a mim que o fizestes”. Segundo, o fato de que essa dignidade requer o atendimento de certas necessidades e a observância de certas prerrogativas básicas para a existência humana, que podem ser chamadas de “direitos humanos”. Esses direitos são objeto de reiteradas menções no âmbito da doutrina cristã, na qual são colocados como requisitos para um mundo de paz e justiça duradouros, que se confundem com o Reino dos Céus, onde só entrarão aqueles que estiverem atuando no sentido de garantir a concretização desses direitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Coord.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

BÍBLIA Sagrada. Tradução, introdução e notas de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancín. São Paulo: Edições Paulinas, 1990.

BICUDO, Hélio Pereira. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997.

BLÁZQUEZ, Niceto. *Los derechos del hombre*. Madrid: BAC Popular, 1980.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COHN, Haim H. *Human rights in the Bible and Talmud*. Tel-Aviv: MOD Books, 1989.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994, v. I.

MARQUES, Roberta Lia Sampaio de Araújo. A contribuição da doutrina cristã para os direitos fundamentais. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano I, n. 2, p. 147-160, 2003.2.

OLIVEIRA FILHO, João de. *Origem cristã dos direitos fundamentais do homem*. São Paulo: Forense, 1968.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la etica en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

---

<sup>1</sup> COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>3</sup> Gênesis, 1, 26-28.

<sup>4</sup> HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994, v. I, p. 37.

<sup>5</sup> Gênesis 1, 27: "E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou".

<sup>6</sup> Deuteronômio 10, 17.

<sup>7</sup> BLÁZQUEZ, Niceto, *Los derechos del hombre*. Madrid: BAC Popular, 1980, p. 32.

<sup>8</sup> ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la etica en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995, p. 33.

<sup>9</sup> Artigo 1: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Artigo 29: I) Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

<sup>10</sup> COHN, Haim H. *Human rights in the Bible and Talmud*. Tel-Aviv: MOD Books, 1989, p. 9.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 20-22.

<sup>12</sup> Jeremias 22,13.

<sup>13</sup> Efésios 4, 28: Aquele que furtava, não furtar mais; antes, trabalhe, fazendo com as próprias mãos o que é bom, para que tenha como acudir ao necessitado."

<sup>14</sup> COHN, *op. cit.*, p. 42-43.

<sup>15</sup> O teor completo desses preceitos encontra-se em Deuteronômio 15, 7-8, Isaías 1, 17 e 10, 1-2, Jeremias 22,13, e Ezequiel 18, 7-9.

<sup>16</sup> Levítico 25, 8-23.

<sup>17</sup> Êxodo, 23, 10-11 e Levítico 25, 1-7.

<sup>18</sup> Para maiores informações, cf. Êxodo 18, 21-22, 23, 1-8 e 21, 18.

<sup>19</sup> COHN, *op. cit.*, p. 14-17.

<sup>20</sup> COMPARATO, *op. cit.*, p. 40.

<sup>21</sup> MARQUES, Roberta Lia Sampaio de Araújo. A contribuição da doutrina cristã para os direitos fundamentais. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano I, n. 2, 2003.2, p. 159.

<sup>22</sup> COMPARATO, *op. cit.*, p. 18.

<sup>23</sup> Mateus 18, 23-35.

<sup>24</sup> Cf. OLIVEIRA FILHO, João de. *Origem cristã dos direitos fundamentais do homem*. São Paulo: Forense, 1968, p. 23.

<sup>25</sup> Mateus 5, 1-12.

<sup>26</sup> Mateus 21, 1-16.

<sup>27</sup> João 8 , 11.

<sup>28</sup> Mateus, 13-21.

<sup>29</sup> BLÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 34 et seq.

<sup>30</sup> BICUDO, Hédio Pereira. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997, p. 26.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 26-27.

<sup>32</sup> Mateus 31, 46.

## CONTRIBUTION OF CHRISTIAN DOCTRINE FOR THE DEVELOPMENT OF HUMAN RIGHTS

### ABSTRACT

This article aims at concisely presenting the contribution Christian doctrine offered for human rights, emphasizing the support given for shaping a system based upon the ideas of dignity, equality e universality, as well as highlighting some values mentioned in the Bible and in Church teaching.

**KEYWORDS:** Human Rights. Christian doctrine. Dignity. Equality. Universality.

## CONTRIBUTION DE LA DOCTRINE CHRÉTIENNE POUR LE DÉVELOPPEMENT DES DROITS DE L'HOMME

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur la contribution de la doctrine chrétienne faite aux droits de l'homme. Il met l'accent sur le support attribué pour l'établissement d'un système basé sur la dignité, l'équité et l'universalité. Il emphatise aussi les valeurs bibliques et de l'enseignement religieux.

**MOTS-CLÉS:** Droits de l'homme. Doctrine chrétienne. Dignité. Equité. Universalité.

# HISTÓRICO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL: OS ARBÍTRIOS DA JUSTIÇA REAL, O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO CONSELHO DE ESTADO E A LIMITAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FE- DERAL DE CONHECER QUESTÕES DE NATUREZA PURA- MENTE POLÍTICA

Vanna Coelho Cabral\*

1 Introdução. 2 Organização político-administrativa da justiça no Brasil colonial. 3 Função jurisdicional do Conselho de Estado. 4 Questão puramente política. 5 Conclusão. Referências.

## RESUMO

A justiça das primeiras décadas da história do Brasil caracterizava-se pela prática de desmandos. A Carta Política de 1824 criou o Conselho de Estado, usurpando a função jurisdicional do Poder Judiciário sobre questões de natureza pública. A Suprema Corte brasileira demarcou seus limites de atuação, vedando a si própria de conhecer de assuntos considerados puramente políticos, tendo as Constituições de 1934 e de 1937 sido expressas nesta restrição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça. História do Brasil. Poder Judiciário.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar a administração da justiça na *infância* do Brasil, pois, como disse Erasmo de Roterdã: *o tempo corre mais para o passado do que para o futuro. É preciso segurar o passado porque de suas luzes dependem todos em todos os tempos.*

Iniciou-se este estudo observando a atividade da justiça na época colonial, tempo em que justiça não se confundia com Judiciário, pois ainda

---

\* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora Substituta do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Ceará. Professora do Curso de Direito da Faculdade Christus.

não havia tal Poder. Também não havia autonomia em relação à Metrópole. Entretanto a independência da justiça no Brasil veio antes mesmo da emancipação política, pois, antes do Grito do Ipiranga, o Brasil já possuía todos os tribunais, inclusive o de última instância, a Casa de Suplicação, sem haver, então, necessidade de remeter os recursos a Portugal. O período foi marcado pelos arbítrios dos representantes da vontade real.

Observou-se que, ao tempo do Império, havia um Conselho de Estado, responsável pelo contencioso administrativo, que absorvia todas as questões que versassem contra atos da Administração Pública ou que envolvesse interesse da Fazenda Pública, limitando o Poder Judicial à apreciação de controvérsias de natureza privada.

Nova limitação surgiu na República. A Suprema Corte brasileira decidiu que não era competente para apreciar questões de natureza política; porém, o que não seria questão política quando a este tribunal cabe justamente o controle da constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos?

## 2 ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DA JUSTIÇA NO BRASIL COLONIAL

A administração da justiça, desde o século XIII, era um atributo do Rei. Considerando-se “que a administração portuguesa estendeu ao Brasil sua organização e seu sistema, e não criou nada de original para a colônia”<sup>1</sup>, a justiça no Brasil era real. Tanto o é que Roque da Costa Barreto, Governador-Geral do Brasil, em regimento de 23 de janeiro de 1677, afirmava: “a justiça é de tão grande particular atribuição minha, e tão necessária para a conservação e acrescentamento dos Estados, que tudo o que na administração dela encomendar e encarregar, será muito menos do que desejo [sic]”.<sup>2</sup>

As Ordenações que regeram a vida colonial, Manuelinas e, especialmente, Filipinas, demarcavam “imperfeitamente as atribuições dos diversos funcionários, sem a preocupação – desusada na época – de separar as funções por sua natureza. Daí a acumulação de poderes administrativos, judiciais e de polícia nas mãos das mesmas autoridades”.<sup>3</sup> À época de Martim Afonso de Sousa, que trouxe a primeira expedição colonizadora portuguesa no Brasil, em 1530, a administração possuía amplos poderes judiciais e policiais. “Somente a começar da lei de 1871 far-se-ão tentativas mais sérias para confiar essas atribuições a autoridades distintas”.<sup>4</sup>

O risco da justiça real, afirma Wehling, consiste em os funcionários exorbitarem no desempenho de suas funções, “abusando do poder que lhes fora conferido e deixando de representar o Rei a favor de seus próprios interesses, risco que se acentuava com a distância”.<sup>5</sup> E foi justamente o que aconteceu no Brasil. A justiça das primeiras décadas da história do Brasil caracterizava-se pela prática costumeira de arbítrios. “O problema da impu-

nidade e da corrupção, tão causticados por Vieira no contexto português, aparece também com frequência a propósito do Brasil. Lamentava na colônia não a presença de delitos, mas a ‘falta de castigo deles’”.<sup>6</sup> “No cotidiano da justiça colonial, são muitas as manifestações de preocupação nas consultas do Conselho Ultramarino a respeito de problemas como a impunidade, a inobservância da legislação ou a corrupção”.<sup>7</sup>

As gentes que primeiro habitaram esta costa eram, em geral, exilados por atos cometidos em Portugal: e como no princípio não havia justiça régia... havia pouco zelo da Justiça, assim da parte dos que governavam... governavam de preferência com base em respeitos humanos, amizades, ódios e ganhos pessoais, do que na própria razão, - como da parte dos súditos os quais não havendo (como dizem), outra justiça que as murmurações, viviam com toda soltura, não tendo ninguém para contrariá-lo [sic].<sup>8</sup>

A chegada da Justiça Régia com o Governo-Geral, em 1549, apesar de ter iniciado a estruturação do Judiciário brasileiro, trazendo o Desembargador Pero Borges para desempenhar a função de Ouvidor-Geral, não alterou muito a qualidade da Justiça.

Neste tempo, a administração da justiça real concedida sob delegação do Rei cabia aos Donatários. “Essa jurisdição, definida nos forais e cartas de doação, dava aos donatários amplo exercício da justiça cível e criminal, por si e pelos ouvidores que poderiam nomear”.<sup>9</sup> Havia um Ouvidor-Geral, residente na Bahia, e os Ouvidores das Comarcas, em cada Capitania, mas eram hierarquicamente inferiores. Ao primeiro se recorria das decisões dos últimos. O Ouvidor-Geral detinha funções de governo e de administração, previstas na legislação, o que “transformava-os num poderoso agente centralizador, pelo menos na letra da lei”.<sup>10</sup> Os Ouvidores das Comarcas, além de solucionar as discussões jurídicas nas aldeias, também desempenhavam funções administrativas. Detinham controle sobre o povoamento e des povoamento, sobre a realização de obras públicas, criação de vilas, construção de igrejas, supervisionavam a arrecadação tributária e os indígenas aldeados em suas comarcas.

As demais figuras do Judiciário, como Juízes e Corregedores, começaram a surgir no Brasil na medida em que a colonização foi se ampliando, exigindo-se da Coroa uma estrutura mais elaborada. Passaram a existir dois juízes - Juiz Ordinário e Juiz de Fora, com funções policiais e jurisdicionais, dirigidos pelo Ouvidor da Comarca e submetidos à inspeção do Corregedor.<sup>11</sup>

Como os abusos ainda eram contínuos, Filipe I de Portugal decidiu, em 1587, instituir, na Bahia, um Tribunal de Relação, que só viria a ser efetivamente inaugurado em 1605. Com a nova estrutura, os juízes, que então já eram de três espécies – Juiz Ordinário, Juiz de Fora e Juiz de Vintena, o Ouvidor e o Corregedor ficavam no mesmo patamar, submetidos à autori-

dade da Relação da Bahia e esta, à Casa de Suplicação, em Portugal.<sup>12</sup> Posteriormente, em 1734, foi criada outra Relação, no Rio de Janeiro, que só foi efetivamente instalada em 1751. Na realidade, como afirma Palacin, foi uma “solução demasiado fácil para tão profundos males. Como sucede com tantas esperanças humanas, o que se pensava que havia de ser o fim dos males e o começo de uma nova época, demonstrou ser apenas um elo entre os vícios velhos e outros novos”.<sup>13</sup> Os Tribunais de Relação também, ao lado das atividades judiciais, desempenhavam funções administrativas. “Consultoria a governadores e vice-reis, definição de limites entre capitânias, sindicâncias policiais em navios e em várias outras intervenções de caráter político e administrativo assinalam a latitude de suas responsabilidades, fora da esfera judicial”.<sup>14</sup>

A administração da justiça nos municípios era dominada pelo “senhorato rural, cuja influência elegia juízes e vereadores e demais funcionários subordinados às câmaras”.<sup>15</sup> Entretanto “na medida em que os juízes ordinários, eletivos, iam sendo substituídos pelos juízes de fora, de nomeação régia, foi a Coroa se assenhorando de parte considerável do governo local”.<sup>16</sup> Mesmo assim, os juízes e os órgãos judiciais, embora com amplos poderes, possuíam atuação, na realidade, restrita. “A justiça oficial, formal, letrada e dispendiosa, penetrava precariamente em regiões cuja população era formada majoritariamente por analfabetos e pobres que não entendiam o direito escrito e pagavam com dificuldades as custas judiciais”.<sup>17</sup> Tampouco a justiça real chegava até as áreas latifundiárias do cultivo da cana e da criação pecuarista, onde imperava a justiça privada.

O mandonismo rural elaborava suas próprias regras jurídicas, empíricas e violentas, subtraindo da apreciação da magistratura local casos de pressão e abusos de poder ou impondo seus interesses a magistrados intimidados pela presença muitas vezes tirânica do capitão-mor da vila.<sup>18</sup>

Existiam ainda esferas jurídicas que fugiam do alcance da justiça estatal a exemplo dos quilombos e das comunidades indígenas não aculturadas, que se organizavam sob seus próprios costumes jurídicos. “Se consideradas as populações e as áreas geográficas onde era precária ou inexistente a ordem estatal portuguesa, constataremos que ‘o país legal’ efetivamente controlava parcela restrita do ‘país real’”.<sup>19</sup>

Era bastante difícil o acesso entre as províncias distantes àquela época, o que atrapalhava a interposição de recursos das vilas afastadas para a Relação da Bahia. Por isto, no período do Vice-Reinado, em 1758, foi criada a Junta de Justiça do Pará, presidida pelo Governador da Província e composta pelo Ouvidor, o Intendente, um Juiz de Fora e três Vereadores. A partir de então, outras juntas semelhantes foram sendo criadas para atender os locais mais longínquos da Colônia. Elas adotavam uma forma processual sumária.

No fim do período colonial, o Brasil possuía seus juízes e tribunais de segunda instância (Relações da Bahia e do Rio de Janeiro) próprios, mas com as últimas instâncias instaladas em Portugal: Casa de Suplicação, Desembargo do Paço, Mesa da Consciência e Ordens.<sup>20</sup> A Casa de Suplicação era tribunal de terceira e última instância, Corte Suprema em Portugal e no Brasil, constituindo suas decisões assentos que deveriam ser acolhidos pelas instâncias inferiores como jurisprudência vinculante. O Desembargo do Paço concedia graças, indultos e privilégios solicitados ao Rei. Também era responsável pela confirmação de adoções, de suprimentos de idades, de reintegração de posse e pela censura de livros. “Era menos órgão judiciário que de assistência, embora fizesse revisão de sentenças e acórdãos cíveis e criminais”.<sup>21</sup> A Mesa da Consciência, criada em 1531, posteriormente intitulada de Mesa da Consciência e Ordens, “consultava o Rei nos casos de ‘consciência’ deste”<sup>22</sup> sobre questões jurídicas e administrativas atinentes às ordens militar-religiosas, que tinham foro privilegiado, tais como Ordens de Cristo, Ordem de Avis e Ordem de Santiago. Também, desviando-se de sua função, julgava os pleitos eclesiásticos, envolvendo os clérigos do Reino.

A emancipação judiciária brasileira veio antes mesmo da emancipação política, quando os Tribunais Superiores da Metrópole foram transferidos para o Brasil. O Príncipe D. João, em Alvará de 10 de maio de 1808, determinou:

Tomando em consideração o muito que interessa o estado e o bem comum e particular dos meus leais vassallos em que a administração da justiça não tenha embaraços, que a retardem ou estorvem, e se faça com a prontidão e a exatidão que convém e que afiança a segurança pessoal e dos sagrados direitos de propriedade [...] e exigindo as atuais circunstâncias novas providências, não só por estar interrompida a comunicação com Portugal, e ser por isto impraticável seguirem-se os agravos ordinários e apelações que até aqui se interpunham para a Casa de Suplicação de Lisboa, vindo a ficar os pleitos sem decisão última com manifesto detrimento dos litigantes, e do público, que muito interessam [sic] em que não haja incerteza de domínios, querendo providenciar de um modo seguro estes inconvenientes e os que podem recrescer para o futuro em benefício do aumento e prosperidade da causa pública, sou servido determinar o seguinte: I - A relação desta cidade se denominará Casa de Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça.<sup>23</sup>

Posteriormente, o Desembargo do Paço e a Mesa de Consciência e Ordens fundiram-se em um único órgão: Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens. Criaram-se as Relações do Maranhão, em 1812, e de Pernambuco, em 1821, e a figura do “Juiz Conservador da Nação Britânica”, que servia como garantia de foro privilegiado para os súditos ingleses, cujas

funções foram mantidas após a independência, como parte do tratado de reconhecimento da independência pela Inglaterra e extintas pela Lei de 7 de dezembro de 1831.

### 3 FUNÇÃO JURISDICIONAL DO CONSELHO DE ESTADO

A Carta Política de 1824 mudou significativamente a estrutura judiciária brasileira. Passaram a existir três espécies de juiz: *Juiz Municipal*, ocupando a posição do Juiz Ordinário, escolhido pelo Presidente da Província, dentre os nomes constantes de uma lista tríplice eleita pela Câmara Municipal; o *Juiz de Paz*, eleito pelos moradores, para mandato de quatro anos, servia em conciliação prévia das contendas cíveis e em instrução das causas criminais; e o *Juiz de Direito*, com exercício nas comarcas, nomeado pelo Imperador, em substituição ao Juiz de Fora. A este foi garantida vitaliciedade, embora pudesse ser suspenso pelo Imperador.<sup>24</sup> Os Juízes Municipais e os Juízes de Paz permaneciam com cargos temporários. As figuras dos Ouvidores e Corregedores foram definitivamente extintas em 1832.

Antes da Carta Política de 1824, foi criado pelo Decreto de 18 de junho de 1822, o Tribunal do Júri para os crimes de imprensa. A Constituição imperial incorporou-o ao Poder Judiciário, ampliando sua competência tanto para a esfera do crime, como para do cível, embora, quanto a este, “não chegou o júri a exercer as funções que lhe foram atribuídas”.<sup>25</sup> O Tribunal do Júri era composto por um Júri da Acusação que decidia sobre a pronúncia do acusado e por um Júri do Julgamento. Era presidido por um Juiz Criminal e composto por jurados eleitos pela Câmara Municipal dentre sessenta jurados nas capitais e trinta jurados nas cidades e vilas. “Desde sua introdução no Brasil, o júri tem sido alvo de muitas críticas e tem encontrado combativos defensores. Seus próprios apologistas não lhes negam os defeitos, confiando em que o tempo e a educação do povo os corrijam.”<sup>26</sup>

A organização judiciária, no Império, apesar de ter demonstrado “sensível progresso em relação à situação anterior, deixava muito a desejar: a corrupção da magistratura, por suas vinculações políticas, era fato notório, acadamente condenado por muitos contemporâneos”.<sup>27</sup>

O Poder Judicial, como foi denominado, embora tenha sido firmado como um dos quatro Poderes do Estado, autônomo e independente, ainda não possuía tais características.<sup>28</sup> Considerando-se que a Constituição de 1824 foi outorgada por um soberano absolutista, é de se esperar que o Poder Judiciário perdesse seu campo para o Poder Executivo, sob o punho do Imperador. O quarto poder, o Poder Moderador, era “a chave de toda organização política e, como tal, competindo-lhe velar sobre a harmonia e independência dos poderes (arts. 10 e 38)”.<sup>29</sup>

Sendo assim, não obstante a Carta Política ter reestruturado a Justiça, procurando afastar-se do modelo colonial, a supervalorização do Poder Mo-

derador, decorrente deste sistema unitário de Estado, restringia a sua amplitude e viabilizava o fortalecimento do Poder Administrativo. Nesta sistemática, o acesso ao Judiciário, obviamente, sofria limitações, não compreendendo este toda a função jurisdicional do Estado. Questões que envolvem atos da administração pública ou o interesse da Fazenda Pública não eram apreciadas pelo Judiciário, mas pela própria administração, através de um Conselho de Estado.

O Conselho de Estado, previsto e disciplinado no Capítulo VII do Título V, artigos 137 a 144, devia ser ouvido em “todos os negócios graves e medidas gerais da pública administração; principalmente sobre a declaração de guerra, ajuste de paz, negociações com as nações estrangeiras, assim como em todas as ocasiões em que o Imperador se propusesse a exercer o Poder Moderador”,<sup>30</sup> salvo quanto à nomeação ou demissão de ministros de Estado.

Na esfera do Poder Executivo, portanto, funcionavam tanto a administração propriamente dita como a justiça administrativa, que era denominada de contencioso administrativo. Através daquela, praticavam-se os atos administrativos, e desta, pretendia-se coibir os abusos, as arbitrariedades e as ilegalidades cometidas pela administração pública, ou seja, o controle da legalidade dos atos administrativos ocorria fora da órbita judiciária. Sobre o assunto explica Pimenta Bueno:

Tôda (*sic*) a reclamação contra um ato administrativo que viola um direito individual garantido por lei, regulamentos, contratos, feitos com a administração ou que viola as competências, formas de instrução, ou regras de decisão, ou que usurpa jurisdição forma parte do todo dessas contestações que tomam o nome de contencioso administrativo. A violação de qualquer lei administrativa pode dar lugar a uma tal reclamação: o cidadão é, por exemplo, obrigado a pagar o imposto ou a sofrer a desapropriação, mas não a pagar mais do que ela ordena, ou ceder sua propriedade fora dos casos previstos.<sup>31</sup>

O contencioso administrativo era matéria controversa desde a outorga da Constituição. Pedro Lessa garantia que “já no periodo monarchico os melhores estadistas patrios, propugnavam a extincção do contencioso administrativo [*sic*]”.<sup>32</sup> Para alguns, a questão administrativa deveria ficar a cargo dos tribunais judiciários, porquanto o contencioso administrativo não era senão uma usurpação de competência da justiça ordinária. Para Visconde de Ouro Preto, a justiça administrativa não passava de “invencionice francesa”.<sup>33</sup> Ele assegurava, com a corroboração de Pedro Lessa, “que onde quer que a inamovibilidade dos magistrados é preceito da lei fundamental, a existencia de um tribunal do contencioso administrativo é attentado contra a Constituição [*sic*]”.<sup>34</sup>

Todavia, justificavam os defensores da justiça administrativa, como Pimenta Bueno, que não haveria outro agente mais adequado para decidir as questões que envolvessem a administração pública do que ela própria. Seria um risco transferir estas demandas para outro órgão ou poder, porque se enfraqueceria a força governamental, ao deixar essas controvérsias à mercê de outro poder. Dizia Pimenta Bueno que, “para que o poder administrativo possa cumprir sua missão de defender os interesses coletivos da sociedade, é sem dúvida de mister que ele possa conhecer e julgar as reclamações opostas a suas determinações”.<sup>35</sup>

Por outro lado, questionava-se como se poderia garantir imparcialidade no julgamento de uma demanda em que uma das partes interessada é o próprio julgador. Mesmo que se afirmasse que a administração, enquanto parte envolvida na disputa, não era a mesma administração, enquanto julgadora (Conselho de Estado), pois, como julgadora, ela não atuava em interesse próprio, mas conforme a pretensão da coletividade, “ainda assim seu juízo não oferece a desejada imparcialidade”.<sup>36</sup> A solução seria considerar a decisão do Conselho de Estado como sendo consultiva e não deliberativa.

Os ritos do contencioso administrativo eram semelhantes aos do Poder Judiciário, com citação, contestação, prazos fixos, audiência, produção de provas etc. Havia, ainda, o contencioso administrativo comum e o especial. Seu efeito era adstrito ao ofendido que requerera a revogação do ato lesivo da administração.

Cumprе ressaltar que o revigoramento na estrutura jurídica trazida pela Carta Política de 1824 não foi suficiente para aniquilar as mazelas que a corrompiam desde os primórdios. A impunidade dos criminosos ainda persistia. Os abusos dos magistrados e auxiliares do Poder Judicial também. Diogo Antonio Feijó, em 1832, denunciava:

A administração da justiça civil é desgraçada: um grito uníssono se ouve de todos os pontos do Império. Os magistrados, em grande parte ignorantes, frouxos e omissos deixam que os desmandos se eternizem; [...] A propriedade do cidadão depende do capricho do julgador; e se a prudência presidisse ao desejo das partes, mais útil lhes seria abandonar o pretendido direito do que intentar reivindicá-lo à custa de tantos sacrifícios, quase sempre inúteis. [...] Os órfãos e pessoas miseráveis, a quem a lei designando magistrados privativos, quis providenciar, estão por toda a parte em abandono. [...] Os juizes de primeira instância são encarregados em quase todo Império a leigos, que habitam lugares onde nem há a quem consultar, e que dirigidos pelos próprios escrivães ignorantes ou perversos são cegos instrumentos de paixões alheias. As relações mal organizadas e tão grandes distâncias das partes, longe de serem mais uma garantia ao cidadão, só servem para prolongar seus sofrimentos. [...] A administração da justiça criminal é péssima. [...] Já não há quem se atreva a depor contra os réus, porque esperam ser

comprometidos, sem que por isso seja a justiça satisfeita. [...] O Tribunal Supremo de Justiça está absoluto de fato, porque se julga irresponsável em suas deliberações e recusa dar contas de sua conduta, de direito, porque a lei, fazendo o tribunal inteiro juiz em muitos casos, deixou seus membros sem juiz que conheça de suas prevaricações. Se mau é um governo absoluto sem magistratura responsável, quem poderá suportar uma magistratura absoluta com governo responsável? [sic]<sup>37</sup>

A principal alteração feita pela Constituição de 1891, na estrutura do Judiciário brasileiro, foi a criação da Justiça Federal.<sup>38</sup> Ao tratar das garantias da magistratura, esta Carta mencionou apenas os juízes federais, o que permitiu que alguns Estados-membros estabelecessem limitações aos direitos de seus juízes, embora o Supremo Tribunal tenha declarado aplicáveis aos magistrados estaduais as garantias constitucionais conferidas aos juízes federais. A reforma constitucional de 1926, expressamente, positivou esta orientação.

Também se instituiu o Tribunal de Contas, outro órgão ligado ao Poder Executivo, com a função de verificar a legalidade das contas da receita e despesa, antes de serem prestadas ao Congresso. Com isso, indagou-se se o contencioso administrativo havia sido realmente abolido.<sup>39</sup>

Pedro Lessa assegurava que o Tribunal de Contas, nos moldes do que foi estabelecido no art. 2º do Decreto Legislativo n. 392 de 8 de outubro de 1896, “é inquestionavelmente o contencioso administrativo”.<sup>40</sup> Entretanto a fórmula dada pela Carta de 1891, nos arts. 60, alíneas *b* e *c*, e 89, afastava o Tribunal de Contas de qualquer semelhança com o contencioso administrativo imperial, vez que “nenhuma exceção se contem nesse artigo às regras exaradas nas letras “b)” e “c)” do artigo 60 [sic]”.<sup>41</sup>

De fato, não restava mais ao Poder Judiciário republicano a limitação de sua jurisdição tão somente às demandas de direito privado, expandido-se para as questões de interesse da União. Afinal, a Constituição de 1891 consagrou o Brasil como uma República Federativa presidencial, inspirando-se na Monarquia representativa da Inglaterra e na República Federal dos Estados Unidos da América do Norte, regimes de governo em que a repartição dos poderes é precisa, cada qual com suas atribuições e estrutura, independente e autônomo. Desta forma, as questões que envolviam a União, por força do art. 60, passaram a ser de competência do Judiciário, especificamente da Justiça Federal. É o que assegurava Ruy Barbosa:

Com a Constituição republicana foram satisfeitas, nesta parte, as antigas aspirações liberais. Ante aos artigos 59 e 60 da nova Carta Política é impossível achar acomodação no direito brasileiro para o contencioso administrativo. Ela não se limitou a dotar à magistratura essa vitaliciedade (art. 57), que, na opinião de

autoridade como MINGHETTI e OURO PRÊTO, bastaria para o excluir. Não. Entregou, formalmente, aos juízes e tribunais federais a competência de *processar e julgar tôdas as causas propostas contra o govêrno da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo* [sic] [grifos originais].<sup>42</sup>

Sendo assim, todos que tinham sido condenados pelo Tribunal de Contas ainda poderiam recorrer ao Poder Judiciário. As decisões do Tribunal de Contas, ao contrário das do Conselho de Estado, não eram definitivas e irrevogáveis. Aliás, nas lides judiciais, as sentenças do Tribunal de Contas tinham apenas valor jurídico de informações. O art. 60 da Constituição de 1891 assegurava a competência da justiça federal a todas as causas propostas contra a União ou a Fazenda Nacional, portanto vedar ao jurisdicionado a possibilidade de rever as decisões dos Tribunais de Contas seria inconstitucional.

#### 4 QUESTÃO PURAMENTE POLÍTICA

De outro lado, inobstante a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 ter ampliado a atuação do Poder Judiciário, propiciando, assim, maior defesa dos interesses dos cidadãos, considerando-se que “nunca os direitos dos administrados e dos agentes da administração são cercados das mesmas seguranças que nos tribunais Judiciários [sic]”,<sup>43</sup> o Supremo Tribunal Federal excluiu da autoridade do Judiciário a apreciação de questões de natureza meramente política.

O Supremo Tribunal Federal possuía maiores e mais importantes prerrogativas que o Supremo Tribunal de Justiça, seu antecessor imperial, contagiando-se pelo pensamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a qual havia percebido que a dilatação de suas atribuições poderia usurpar a competência legítima dos demais poderes, passando a discutir a demarcação de limites à atuação do Judiciário, impedindo-o de conhecer de assuntos que fossem consideradas “puramente políticos”.<sup>44</sup>

Depois de sofrer veementes reprovações contra as sentenças de Marshall, que davam maior expansão às atribuições daquele tribunal, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana optou por não apreciar controvérsias sobre política, auto-impondo-se uma restrição que não havia na Constituição daquele país. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, também diante do silêncio da Constituição de 1891, adotou esta limitação.

É evidente que, em países, como Brasil, Estados Unidos da América e Argentina, onde a Constituição determinava a existência de uma corte su-

prema com função de declarar inconstitucional ato do Poder Legislativo e do Poder Executivo, adotando-se o *judicial control*, a interferência sobre assuntos políticos tornava-se inevitável. As controvérsias apreciadas pelo Poder Judiciário possuíam já por si aspectos políticos, ou, pelo menos, produziam tais efeitos.<sup>45</sup> Daí, tornou-se necessário impor contornos ao sentido de *questão política*, para que se pudesse fixar quais discussões, exatamente, não seriam passíveis de apreciação do Judiciário. A esse respeito afirmava Ruy Barbosa:

Mas a esta expressão [questão política] em que termos se ha-de limitar o alcance? Se o não contivermos em restricções judiciosas, na taxa de 'politica' incorrerá toda a decisão da justiça, que, a titulo de inconstitucionalidade, negar execução a um acto da legislatura, sempre que por elle se empenharem com vivacidade conveniencias de uma situação, de um partido, ou de um governo [sic].<sup>46</sup>

As Constituições posteriores, de 1934 e 1937, expressamente restringiram o Supremo Tribunal de conhecer de conflitos que envolvessem questões exclusivamente políticas, sem ter a destreza de explicar, afinal, o que deveria se entender por isso.<sup>47</sup> A idéia, ainda antes da Carta de 1934, era de que somente as questões puramente, meramente ou exclusivamente políticas escapavam do alcance do Poder Judiciário. O problema passou a ser, então, o que seriam tais questões. A jurisprudência, tanto a pátria, quanto a norte-americana, era imprecisa quanto a esta conceituação, assim como eram os doutrinadores; as sugestões, genéricas e casuísticas. Pedro Lessa citava diversos pensadores norte-americanos, dos quais se destacam os conceitos de Charles Elliot e de Marshall, respectivamente:

Casos há em que não estão sujeitos á revisão pelos tribunaes de justiça ao actos do Congresso, a cujo respeito se suscitem questões constitucionaes. Taes os concernentes a actos impugnados ante a disposição constitucional que afiança a todos os Estados da União a fôrma republicana de governo. As controvérsias emergentes sob esta rubrica são puramente políticas (*purely political*), e assim inteiramente alheias á competência judicial [sic].

.....

Onde os chefes de administrações forem instrumentos politicos e confidentiais do poder executivo, instituidos apenas para cumprir as vontades do Presidente, ou, antes, para servir em assumptos nos quaes o executivo exerça discreção legal, ou constitucional (*in case in which the executive possesses a constitutional or legal discretion*), perfeitamente obvio é que os seus actos não são examinaveis senão politicamente. Mas, onde a lei estatue especificadamente um dever, e há direitos individuaes, dependentes da observancia deste, igualmente manifesto é que qualquer individuo, que se encontre aggravado, tem o direito de

recorrer, em procura de remedio, ás leis do paiz [sic] [grifos originais].<sup>48</sup>

Dentre os juristas nacionais, Pontes de Miranda traçou a seguinte distinção entre questão política e questão meramente política:

Há questões só políticas (e. g., não ter dado a Câmara dos Deputados a licença para se processar o Deputado), há questões só jurídicas (e. g., se a lei se aplica ou não se aplica à espécie), e há questões que por um lado são políticas e por outro jurídicas ou melhor, judiciais. [...] Exemplo: nada mais essencialmente político do que a licença para o processo do Deputado; no entanto, se êsse alega, perante juízo, que não houve votação e prova que a comunicação do Presidente da Câmara dos Deputados não corresponde ao vencido, a Justiça declara que não houve a licença [sic].<sup>49</sup>

Pedro Lessa desenvolve a definição de que questões puramente políticas são aquelas fruto de poderes discricionários do Executivo e do Legislativo:

Quaes são as questões *exclusivamente políticas*? As que se resolvem com faculdades *meramente políticas*, por meio de *poderes exclusivamente políticos*, isto é, que não têm como termos correlativos direitos incarnados nas pessoas, singulares ou collectivas, sobre que taes poderes se exercem quando á função de um poder, executivo ou legislativo não corresponde, ou, antes, não se oppõe um direito, de uma pessoa, physica ou moral, que a acção desses poderes interessa, um tal poder pressuppõe evidentemente o arbitrio da autoridade, em que reside. É um poder *descriçionario*, que portanto não pôde ser restringido pela interferencia de outro. Poder *meramente político* é um *poder discrecionario* [sic] [grifos originais].<sup>50</sup>

Seguindo a veia de explicações casuísticas, Ruy Barbosa cita diversas situações unicamente políticas, avessas à autoridade do Poder Judiciário, previstas na Constituição de 1891, nos artigos 34 e 48, e identifica como ponto característico destas questões a discricionariedade dos agentes dos Poderes Executivo e Legislativo.<sup>51</sup> O autor assegura que os atos do Poder Judiciário não têm como objeto apreciações de conveniência geral, de utilidade pública ou vantagem nacional, sujeitas estas apenas ao cabresto da opinião pública e da moral social, mas, ao contrário, seus atos serviriam para aplicar o direito em casos particulares, de caráter individual ou coletivo. Estes casos, em que se discute o interesse particular, desde que não envolva questão puramente política, “tem de receber a solução legal do poder constituído para dar effeito ás garantias constitucionaes, e com ellas, valer a toda individualidade, natural ou moral, lesada no seu direito [sic]”.<sup>52</sup>

No entanto, como esclarecia Ruy Barbosa, quando houvesse abuso nas atividades dos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, mesmo que se tratasse de desempenho irregular de funções discricionárias, seria possível a intromissão do Poder Judiciário. Afinal, “se a autoridade *invoca uma atribuição inexistente*, ou *exorbita de uma atribuição existente*, embora discricionária dentro dos seus limites, não pôde a justiça recusar o socorro legal ao direito do individuo ou do Estado, que para ella apellar [sic] [grifos originais]”.<sup>53</sup>

Pontes de Miranda reforçava este pensamento, garantindo que a restrição não era conferida em função da matéria. “Não se podem enumerar casos, porque tais casos *ratione materiae* não existem; o que existe é a *regra de competência* [grifo original]”. Por conseguinte, “onde a *questão política* [grifo original] se liga a actos que violaram direitos, a acção leva à Justiça, e a Justiça pode conhecer dela. Já não é exclusivamente política [sic]”. Sugeriria, finalmente, que a Constituição de 1934 tivesse a seguinte redação para o artigo 68: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões que não tenham sido postas sob a forma de acção em juízo, ou por não serem susceptíveis de se proporem como tais, ou porque não as enunciou como tais o autor, ou, na reconvenção, o réu [sic]”.<sup>54</sup>

Estes dois juristas brasileiros já antecipavam, portanto, a concepção de que o Poder Judiciário tudo poderia conhecer, quando legalmente provocado pelo jurisdicionado, em razão de uma lesão a direito. Ruy Barbosa, citando Edw. Countryman asseverava:

O essencial, para existir a jurisdição, é, unicamente, que uma pessoa idônea como autora do pleito haja sido lesada ou prejudicada por certo e determinado acto official, ou do Governo, e com elle se averigue ter-se contravindo á Constituição

.....  
[...] o criterio não consiste em ser a questão de natureza politica, ou não politica, mas em ser susceptivel de se propôr sob a fórma de uma acção em juízo [sic].<sup>55</sup>

Competiria, por conseguinte, à própria corte suprema “ser o juiz exclusivo da sua competência mesma”,<sup>56</sup> decidir se determinada matéria poderia ou não ser apreciada por ela. Neste sentido, Allen Smith dizia que “desde que só a esse tribunal compete decidir quaes as questões que são políticas, quaes as que não são, na suas mãos está o ensanchar ou estreitar o sentido ao qualificativo de politicas, segundo lhe parecer [sic]”.<sup>57</sup>

Suposta limitação, como afirmavam alguns pensadores políticos brasileiros e norte-americanos, não passaria de uma “artimanha” do Poder Judiciário, para se livrar de assuntos inapropriados ou inoportunos, de forma que, quando lhe conviesse o exame da matéria, dizia tratar-se de questão jurídica e, quando não, tratar-se de questão *puramente política*. Cláudio Pacheco a respeito citava C. Gordon Post:

Depois de classificar e analisar tôda a série de casos decididos pela Suprema Côrte norte-americana, [...] chegou à conclusão de que se trata de uma categoria prática e oportunista, fundada ora na necessidade de fortalecer o poder da federação, no exterior ou no interior, ora no desejo do tribunal de não se colocar em oposição ao Presidente e ao Congresso [sic].<sup>58</sup>

Comunga com este pensamento também García-Pelayo, que afirma: “se o tribunal está plenamente consciente de que a sua decisão não seria executada em um determinado caso, evidentemente é mais oportuno deixar a decisão adequada ao departamento político”.<sup>59</sup> Pontes de Miranda advertia que esta restrição significava que o Poder Judiciário não poderia ir além de sua competência e que não tinha de se abster de ir até onde podia e, mais ainda, deveria. “A mesma ciscunspecção que lhe aconselha parar onde se usurparia função de outro poder, ou que se criticaria o que só do outro poder depende, torna-se mal quando induz à abstinência, à renúncia, à cômoda inércia e à pusilanimidade, que é crime [sic]”.<sup>60</sup>

## 5 CONCLUSÃO

Durante o período colonial, o Brasil era dependente não só economicamente de Portugal, como também juridicamente, já que os tribunais superiores estavam instalados na Metrôpole e os recursos deveriam ser remetidos para lá serem julgados. A justiça era real, isto é, concedida sob delegação do Rei. Eram comuns os abusos cometidos pelos funcionários no desempenho de suas funções. A justiça das primeiras décadas da história do Brasil caracterizava-se pela prática costumeira de árbitros. A vinda da Corte para o Brasil, trazendo consigo todo o aparato administrativo português, inclusive a Casa de Suplicação e demais órgãos judiciários, alterou a subordinação, mas não os desmandos.

Por força da Carta Política de 1824, o Judiciário, oprimido pelo Poder Moderador, não monopolizava toda a função jurisdicional estatal. Havia o Conselho de Estado, responsável por apurar reclamações contra atos administrativos, sem qualquer intervenção do Poder Judicial. O contencioso administrativo era uma usurpação de competência da justiça ordinária. Não oferecia imparcialidade no julgamento, já que a administração era, ao mesmo tempo, uma das partes interessada e o próprio julgador. Após a República, o Poder Judiciário não mais estava limitado às demandas de direito privado; até mesmo as decisões do Tribunal de Contas poderiam ser revistas e revogadas pelo Judiciário.

Contagiado pelo pensamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o Judiciário brasileiro demarcou seus limites de atuação para não usurpar a competência legítima dos demais Poderes, vedando a si próprio de conhecer de assuntos que fossem considerados puramente

políticos, tendo sido as Constituições de 1934 e de 1937 expressas nesta restrição. Apesar de a doutrina e de a jurisprudência tentarem fixar quais eram as questões puramente políticas sobre as quais o Judiciário não teria competência, considerando-se que o Supremo Tribunal tinha a função de declarar inconstitucionalidade de ato do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a interferência sobre assuntos políticos tornava-se inevitável, pois ou as controvérsias possuíam, já por si, aspectos políticos, ou, pelo menos, produziriam tais efeitos. Na verdade, como à Corte Suprema competia decidir quais as questões eram políticas e quais não o eram, poderia, sempre que assim lhe conviesse, esquivar-se de assuntos inapropriados ou inoportunos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Francisco; RAMALHO, Lucia Carpi; RIBEIRO, Marcus Venício Toledo. *História da sociedade brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1985.

BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira, 1891: comentada*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. (Col. História Constitucional brasileira).

BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_ . São Paulo: Saraiva, 1934. v. 5.

BISPO, Luiz. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da história do Brasil*. Produzido por Núcleo Multimídia. Secretaria de Desenvolvimento de Informatização Gráfica. Secretaria Especial de Editoração e Publicação. Brasília: Senado Federal, 2002. CD-ROM.

BRASIL. Constituição (1824). *Carta de Lei de 25 de março de 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 1. (Coleção Constituições brasileiras).

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 2. (Coleção Constituições brasileiras).

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 3. (Coleção Constituições brasileiras).

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 4. (Coleção Constituições brasileiras).

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 5. (Coleção Constituições brasileiras).

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do império*. [S.l.]: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira).

CARONE, Edgard. *O Estado novo (1937-1945)*. 2. ed. São Paulo: Difel, 1976.

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Edição em fac-símile. (Coleção História Constitucional brasileira.)

\_\_\_\_\_. *A nova Constituição Brasileira*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

COSTA, Emilia Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 2. ed. São Paulo: Ciências Humanas Ltda, 1979.

DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: [S.n.], 1947. v. 3.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. v. 1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 11. ed. São Paulo: Globo, 1995. v. 2.

FEIJÓ, Diogo Antônio. *Relatório do Ministro da Justiça*. [S.l.]: 34, [S.d.]. (Coleção Fundadores do Brasil.)

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1979.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Desenvolvimento da civilização material no Brasil*. 2. ed. [S.l.]: Conselho Federal da Cultura, 1971.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *História geral da civilização brasileira*. 6. ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 1985. v. 1 – O processo de emancipação. t. II - O Brasil monárquico.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6. ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 1985. v. 2 – Administração, economia, sociedade. t. I - A época Colonial.

JACQUES, Paulino. Aspectos do poder judiciário americano e brasileiro. In: NEQUETE, Lenine (Coord.). *O poder judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: [S.n.], 1977.

LEAL, Aureliano. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002. Edição em fac-símile (Coleção História Constitucional brasileira.)

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003. Edição em fac-símile (Coleção História Constitucional brasileira.)

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 4. ed. atual. São Paulo: Freitas Bastos, 1948. v. III.

MELLO, Agenor Bandeira de. *Brasil: 150 anos de independência*. Rio de Janeiro: Divulbrás Livros Ltda, [S.d.].

NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. v. VII.

PALACIN, Luis. *Sociedade colonial (1549-1599)*. Goiânia: UFG, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, [S.d.]. t. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. IV.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Rio de Janeiro: Henrique Cohen Editor, [S.d.]. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. V.

PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. 7. ed. [S.l.]: Brasiliense, [S.d.].

\_\_\_\_\_. *História econômica do Brasil*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1974.

SEGURADO, Milton Duarte. *O Direito no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973.

VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro: reforma das instituições nacionais*. Brasília: Senado Federal, 2002. Edição em fac-símile (Coleção História Constitucional brasileira.)

VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. (Coleção Biblioteca básica brasileira).

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

---

<sup>1</sup> PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. 7 ed. [S.l.]: Brasiliense, [S.d.], p. 299.

<sup>2</sup> Regimento de Roque da Costa Barreto *apud* WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 32.

<sup>3</sup> LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975, p. 181.

<sup>4</sup> LEAL, *loc. cit.*. O autor comenta que esta dificuldade em discriminar funções administrativas, policiais e judiciárias a autoridades distintas “projeta seus efeitos em nossos próprios dias, como se vê no inquérito realizado pela polícia e que serve de base à ação penal”.

<sup>5</sup> WEHLING, *op. cit.*, p. 103.

<sup>6</sup> WEHLING, *loc. cit.*

<sup>7</sup> WEHLING, *op. cit.*, p. 32. O autor adverte que “há diferentes imagens contemporâneas da justiça colonial. Cronistas, escritores (aqui compreendidos prosadores e poetas), administradores e viajantes da época colonial deixaram seus testemunhos sobre pessoas e instituições ligadas à justiça real. [...] Prosadores e poetas utilizaram freqüentemente sua criatividade para criticar o exercício da justiça, fazendo de seu alvo preferencial juizes e advogados. Administradores elogiaram ou criticaram indivíduos e colegiados em seus relatórios para o governo metropolitano” (p. 85).

<sup>8</sup> Cardim *apud* PALACIN, Luis. *Sociedade colonial (1549-1599)*. Goiânia: UFG, 1981, p. 301.

<sup>9</sup> WEHLING, *op. cit.*, p. 40-41.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>11</sup> O Juiz Ordinário era eleito dentre três “homens bons”, sendo que os outros dois seriam nomeados vereadores. A eleição deveria ser confirmada pelo Ouvidor. Ele desempenhava funções não só judiciais como administrativas. Comumente o Juiz Ordinário acumulava ainda a função de juiz de órfão apartado. Segundo as ordenações Manuelinas, confirmadas pelas Filipinas, deveria existir um destes juizes em cada vilarejo, onde moravam mais de quatrocentos vizinhos. Eles tinham por obrigação saber a quantidade de órfãos existentes em sua comarca, arrolar seus bens, fazer inventário, autorizar casamento e providenciar-lhes tutor. O Juiz de Fora, bacharel e letrado, distinguia-se dos demais, pois era “despachado do reino para administrar a justiça em nome do rei”. Ele visitava as comarcas, dando assistência aos juizes ordinários, que lhes cediam a jurisdição. Cf. SEGURADO, Milton Duarte. *O direito no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973, p. 111. “Aos juizes de fora, além das atividades judiciais, incumbiam a presidência da câmara municipal e uma serie de responsabilidades administrativas, desde a supervisão de estalagens até medidas de fomento econômico”. Cf. WEHLING, *op. cit.*, p. 38-39. A introdução do Juiz de Fora no Brasil foi fruto da política centralizadora da metrópole, a fim de reduzir o poder municipal.

<sup>12</sup> O juiz de vintena, ou juiz vintenário, possuía esta denominação, porque atuava em aldeias ou vilarejos, onde viviam mais de vinte famílias. Era um juiz de pouca expressão, com alçada entre cem e quatrocentos réis. Decidia verbalmente as querelas, sem cabimento para apelação ou agravo. Não possuíam jurisdição sobre crime, mas podiam prender em flagrante delito, ou mediante mandado ou querela, apresentando o detido ao juiz competente.

<sup>13</sup> PALACIN, *op. cit.*, p. 311.

<sup>14</sup> WEHLING, *op. cit.*, p. 39.

<sup>15</sup> LEAL, *op. cit.*, p. 186.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>17</sup> WEHLING, *op. cit.*, p. 47.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>20</sup> Além dos Juizes, dos Ouvidores e dos Tribunais, participavam desta estrutura de administração da justiça outros membros, como Vereadores, Procuradores e Alcaldes. Os Vereadores administravam a vila e auxiliavam na o Juiz Ordinário no julgamento das demandas que envolviam furtos de pequenos valores e injúrias e na elaboração das leis. Os Alcaldes eram Prefeitos de Província com jurisdição civil e militar. O alcaide-mor era o próprio Governador da Capitania. Os Procuradores de Justiça possuíam função de cuidar da integridade da justiça civil. Posteriormente, passou a existir um Promotor em cada Comarca, que servia para acusar, “em nome do Rei e da sociedade os criminosos e defendiam o interesse geral contra o particular”. SEGURADO, *op. cit.*, p. 67.

<sup>21</sup> SEGURADO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>22</sup> SEGURADO, *loc. cit.*

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da história do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2002. CD-ROM. Produzido por Núcleo Multimídia. Secretaria de Desenvolvimento de Informatização Gráfica. Secretaria Especial de Editoração e Publicação, p. 403.

<sup>24</sup> Victor Nunes Leal afirma que, mesmo entre os juizes vitalícios, aparecem, por vezes, expressões chocantes de partidarismo. As garantias legais nem sempre podem suplantar as fraquezas humanas: transferências para lugares mais confortáveis, acesso aos graus superiores, colocação de parentes, gosto do prestígio, eis os principais fatores da predisposição política de muitos juizes. LEAL, *op. cit.*, p. 217.

<sup>25</sup> Cândido de Oliveira Filho *apud* LEAL, *op. cit.*, p. 206.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 209. O autor acrescenta, citando Cândido de Oliveira Filho, que “na Republica, ao contrário a competência do Júri, sendo, nominalmente [grifo original], a regra comum, é, de fato, raríssima exceção”. Cândido de Oliveira Filho *apud* LEAL, *op. cit.*, p. 209.

<sup>27</sup> LEAL, *op. cit.*, p. 197.

<sup>28</sup> “O Poder Judicial é independente, e será composto de juizes e jurados, os quais terão lugar assim no cível como no crime, nos casos, e pelo modo, que os códigos determinarem”. BRASIL. Constituição (1824). *Carta de Lei de 25 de março de 1824*. Brasília, DF, Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. I. Col. Constituições brasileiras, art. 151.

<sup>29</sup> CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Col. História Constitucional brasileira, p. 51.

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1824), *op. cit.*, art. 142.

<sup>31</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. [S.l.]: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1958, p. 294.

<sup>32</sup> LESSA, *op. cit.*, p. 144.

<sup>33</sup> Visconde de Ouro Preto *apud* LESSA, *loc. cit.*

<sup>34</sup> Visconde de Ouro Preto *apud* LESSA, *loc. cit.*

<sup>35</sup> BUENO, *op. cit.*, p. 282. O Conselho de Estado foi extinto pelo Ato Adicional de 1834 e restabelecido pela Lei n. 234, de 23 de novembro de 1841, a partir de quando funcionou efetivamente até a primeira constituição da República.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>37</sup> FEIJÓ, Diogo Antônio. *Relatório do Ministro da Justiça*. [S.l.]: 34, [S.d.]. Col. Fundadores do Brasil. p. 92.

<sup>38</sup> Ressalte-se, entretanto, que, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, o Governo Provisório, através do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, reestruturando o Poder Judiciário, organizou a Justiça Federal. Através deste decreto foi criado o Supremo Tribunal Federal, banida a justiça municipal, revogada toda a disposição processual pretérita e fixadas as regras do processo, denominado “*processo federal*”. Dispôs, ainda, sobre os modos de interpretação nos casos omissos e vislumbrou o princípio da dualidade da justiça. Também redefiniu e valorizou o papel dos advogados, bem como organizou o Ministério Público de acordo com o modelo dado à justiça federal.

<sup>39</sup> A criação do Tribunal de Contas pelo artigo 89 da Constituição de 1891 foi desenvolvida e regulamentada pelo decreto legislativo n. 392 de 8 de outubro de 1896 e pelo regulamento n. 2.409 de 23 de dezembro de 1896, posteriormente modificados pelo decreto legislativo n. 2.511 de 20 de dezembro de 1911 e pelo decreto n. 9.393 de 28 de fevereiro de 1912.

<sup>40</sup> LESSA, *op. cit.*, p. 147.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 149.

“Art.89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”. “Art.60 - Compete aos Juizes ou Tribunais Federais processar e julgar: [...] b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo; c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas, pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa”. BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Brasília, DF, Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 2. Col. Constituições brasileiras.

<sup>42</sup> Ruy Barbosa *apud* PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, 1965. v. VII, p. 21.

<sup>43</sup> LESSA, *op. cit.*, p. 151.

<sup>44</sup> Ruy Barbosa traça um paralelo entre o Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal: “Veiu a República; e o que fez? Trocando, na denominação desse tribunal, o predicativo ‘de justiça’ pelo qualificativo ‘de federal’ não lhe tirou o caracter de tribunal de justiça, inherente, sobre todos, á sua missão constitucional; senão que, pelo contrário, o ampliou, constituindo nelle o grande tribunal da Federação, para sentencias nas causas suscitadas entre a União e os Estados, e, em derradeira instancia, nos pleitos debatidos entre os actos do Governo, ou os actos legislativos, e a Constituição. Ora estae no caso. Elle é certo que, com isto, cresceu immensamente o papel desse tribunal, e de muito mais gravidade se lhes revestiram as attribuições [sic]”. BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. v. IV, p, 21.

<sup>45</sup> Pedro Lessa cita vários doutrinadores norte-americanos (Goodnow, Story, Pomeroy, Munsterberg, Baldwin, Allen Smith) que conjugam deste entendimento de que questão política, de uma maneira geral, é da alçada do Poder Judiciário em razão de seu inegável caráter político. Não se admite, todavia, sua intromissão em questões *puramente* políticas. Thayer afirma: “o arbítrio de pronunciar a nullidade dos actos dos outros poderes, se bem seja uma simples função judicial, implica pela natureza da matéria sobre que se exerce, o tomar parte, ainda que secundariamente, ‘na acção política do governo’ [sic]”. LESSA, *op. cit.*, p. 55.

<sup>46</sup> BARBOSA, *op. cit.*, v. IV, p. 193.

<sup>47</sup> Pontes de Miranda esclarece que esta circunscrição não retira do Poder Judiciário o *judicial control*, mas apenas exige-lhe maiores meditação e persuasão. (*Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cohen Editor, [S.d.]. v. 2).

<sup>48</sup> LESSA, *op. cit.*, p. 58, p. 60.

<sup>49</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C.. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 1, p. 473.

<sup>50</sup> LESSA, *op. cit.*, p. 59.

<sup>51</sup> Ruy Barbosa *apud* LESSA, *op. cit.*, p. 61.

<sup>52</sup> Ruy Barbosa *apud* LESSA, *op. cit.*, p. 63.

<sup>53</sup> BARBOSA, *op. cit.*, v. 4, p. 44.

<sup>54</sup> PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. 2, p. 630-631. Pontes de Miranda fundamenta este pensamento revelando diversas situações consideradas por muitos como meramente políticas, nas quais se manifestaria a atividade do Poder Judiciário. A declaração de guerra, por exemplo, “pode cair sob a apreciação do Poder Judiciário, v. g., se a pessoa chamada às armas para a guerra alegar, em pedido de *habeas corpus*, que o Presidente da Republica não teve autorização do Poder legislativo ou da Secção Permanente do senado federal (art. 56, 9º). [...] Também os tratados e convenções não são escapos. Se o Presidente da Republica celebrou tratado ou convecção, alterando o que se estatui na Constituição, a-propósito de competência legisladora ou arrecadativa dos Estados-membros ou sôbre direitos individuais, a acção dos interessados é inegável.[...].A fixação das extremas com os estados limítrofes constitui matéria de competência dos poderes legislativo e executivo. Todavia, se o proprietário de um terreno ao longo da linde propõe acção contra a União, o ato de fixação poder, na espécie, examinado [sic]” (p. 627-628).

<sup>55</sup> BARBOSA, *op. cit.*, v. 5, p. 45.

<sup>56</sup> *Ibid.*, v. 5, p. 45.

<sup>57</sup> Allen Smith *apud* LESSA, *op. cit.*, p. 56-57.

<sup>58</sup> C. Gordon Post *apud* PACHECO, *op. cit.*, v. VII, p. 39.

<sup>59</sup> García-Pelayo *apud* PACHECO, *loc. cit.*.

<sup>60</sup> PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. 2, p. 620.

## HISTORY OF ADMINISTRATION OF LAW IN BRAZIL: THE DISCRETION OF ROYAL JUSTICE, THE ADMINISTRATIVE LITIGATION AT THE STATE COUNCIL AND THE RESTRCTIONS CONCERNING THE JUDGEMENT OF MATTERS OF PURELY POLITICAL NATURE SET UPON THE FEDERAL SUPREME COURT

### ABSTRACT

The administration of law during the first decades of Brazilian history could be distinguished by the practice of irregularities. The Constitution from 1824 created the State Council, arrogating the jurisdictional role of the Judiciary regarding matters of public nature. The Brazilian Supreme Court also defined some limits to their own actions, prohibiting themselves to deal with purely political issues, a restriction which was explicit in the 1934 and 1937 Constitutions.

**KEYWORDS:** Administration of law. Brazilian History. Judicial Branch.

## HISTORIQUE DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE AU BRÉSIL: LES CHOIX DE LA JUSTICE REELLE, LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DU CONSEIL D'ÉTAT ET LE REFUS DU SUPREME TRIBUNAL FEDERAL DE CONNAITRE DES QUESTIONS DE NATURE PUREMENT POLITIQUE.

### RÉSUMÉ

La justice des premières décennies de l'histoire du Brésil se caractérisait par la pratique des détournements de finalité. La Constitution de 1824 a créé le Conseil d'État, en usurpant la fonction juridictionnelle du Pouvoir Judiciaire sur des questions de nature publique. Le Suprême tribunal brésilienne a délimité leurs limites de compétence, interdisant à lui-même de connaître des questions considérés purement politiques, les Constitutions de 1934 et de 1937 étant expresses sur cette restriction.

**MOTS-CLÉS:** Justice. Histoire du Brésil. Pouvoir judiciaire.

# LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DE LA LEY TRIBUTARIA. APUNTES SOBRE LA INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN SOBRE EL DERECHO DE TRADICIÓN ROMANISTA\*

Alejandro C. Altamirano\*\*

1 Introducción y metodología. 2. La Sustancia por sobre la forma, ¿son pautas hermenéuticas plenamente aplicables en nuestro ordenamiento? 3 Obligación del Estado de combatir la evasión privilegiando el valor Justicia. 4 Sistemas de Derecho e Interpretación económica. 4.1 Referencia al realismo jurídico norteamericano. 4.2 Derecho de tradición romanista. 5 Legalidad y capacidad económica. 6 Tensión entre el Derecho público y Derecho privado. 7 Precisiones del lenguaje: sustancia y forma. 8 El derecho anglosajon y la construcción pretoriana del principio del *substance over form*. 8.1 Precedentes norteamericanos. 8.2 Precedentes ingleses. 9. Influencia en el derecho judicial argentino. 9.1 Los vasos comunicantes entre los distintos ordenamientos jurídicos. 9.2 Doctrina judicial de la Corte Suprema en relación con la realidad económica y cierta influencia del Derecho judicial comparado. 10 Conclusión.

## RESUMEN

Este artículo hace un análisis del tema de la interpretación de la ley tributaria en el orden jurídico, examinando el derecho del contribuyente al planeamiento tributario como política de gestión y estrategia empresarial. La teoría de la interpretación económica del derecho tributario es estudiada en el ámbito del orden jurídico argentino, en comparación con los principios de legalidad, de la seguridad jurídica y de la capacidad económica, como también en confrontación con la obligación del Estado de luchar en contra de la evasión fiscal y defender las garantías del contribuyente. El artículo

---

\* Aclaración previa: este trabajo forma parte de la obra colectiva coordinada por el prof. José Osvaldo CASÁS "Interpretación económica de la norma tributaria", Abaco, Buenos Aires, Serie Biblioteca de Derecho Tributario de la Universidad Austral, 2004.

\*\* Abogado. Director del Departamento de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral; del Master en Derecho de la Empresa y del Master en Magistratura Judicial de la misma Universidad. Socio del Estudio Beccar Varela.

va a analizar las diferencias entre elusión y evasión, para tratar de establecer los límites entre las dos situaciones, y la influencia del derecho anglosajón, que es notable en la teoría argentina de la “substancia sobre la forma”. Finalmente, uno encuentra un análisis de la teoría de la “substancia sobre la forma” en el derecho comparado.

**PALABRAS-CLAVE:** Derecho tributario. Planeamiento tributario. Interpretación económica. Substancia. Forma. Propósito negocial. Legalidad. Seguridad Jurídica. Capacidad Económica. Evasión. Elusión. Justicia.

## 1 INTRODUCCIÓN Y METODOLOGIA

Dos datos determinan la elaboración de éste aporte. El primero radica en que el Derecho se encarga de dar a cada uno lo suyo y el segundo que ninguna norma obliga al contribuyente a seguir el camino tributario más gravoso si puede elegir otro - dentro del ordenamiento jurídico - de mayor conveniencia por la reducción del costo tributario. Por estos dos datos - siendo lo suyo el respeto al derecho de propiedad y manejo de la propia economía - podemos concluir que existe un derecho a la planificación tributaria.

Por planificación entendemos aquel procedimiento por el cual se interpreta el sistema de normas desde la perspectiva de un modelo de acción para que el contribuyente mejore su economía tributaria habiéndose compulsado ese modelo de acción como admitido por el ordenamiento jurídico tributario. Arespacochaga define a la planificación fiscal como el mecanismo dentro de la estrategia empresarial para “ordenar de forma eficiente las consecuencias fiscales de la gestión empresarial fuera de las fronteras propias”<sup>1</sup> agregando García Novoa que el concepto se identifica también con la “búsqueda de ventajas fiscales” o con el “ahorro fiscal” dentro de la estrategia global de optimización económica de los operadores económicos y las personas.

En los países de tradición jurídica de *Common Law* este derecho no es puesto en duda. Simón Acosta<sup>2</sup> señala, en relación con la licitud de los fines de ahorro fiscal dentro del marco de la ley, que ello es “tan evidente como la luz del día”, es decir, es lícito elegir formas contractuales en virtud de ventajas fiscales pues no debemos perder de vista la libertad contractual que inspira a nuestro Código Civil argentino.

Si evaluamos este derecho desde la perspectiva del principio de legalidad - que en clave de Xavier<sup>3</sup> implica una tipicidad cerrada- deviene

en un principio firme que la conducta del contribuyente – para configurar el hecho imponible - debe encastrar perfectamente en aquella descripción abstracta y previa del hecho imponible. Es decir, hay zonas de libertad y zonas de gravabilidad. Ningún contribuyente tiene la obligación de colocarse en la zona de gravabilidad si el Derecho ofrece otras alternativas para la realización de los negocios.

Consideramos más justo analizar el problema de la evasión desde la perspectiva de la obligación de la Administración tributaria. Así, el Estado debe sellar las fisuras del ordenamiento tributario a efectos de desalentar el planeamiento impositivo. Resulta necesario, para favorecer el normal cumplimiento del contribuyente y beneficio del Estado en su búsqueda del bien común, que las normas tributarias tengan la suficiente claridad para facilitar su aplicación, de manera que todo ordenamiento debe erradicar las normas ambiguas y oscuras. Como es obvio que esas fisuras existen en todo ordenamiento, la Administración tributaria es dotada de otras herramientas, en este caso hermenéuticas, para proteger las bases imponibles cuando estas intentan ser manipuladas antifuncionalmente con arquitecturas sofisticadas que por único propósito tienen el de disminuir el impuesto. Una de esas herramientas consiste en privilegiar la sustancia económica del negocio por sobre la forma jurídica adoptada por el contribuyente. Ello se encarna, normativamente, en los arts. 1 y 2 de la ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modificaciones) de la ley de procedimientos tributarios vigente en la República Argentina.

El artículo 1º de la ley 11.683 textualmente expresa: “En la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica. Sólo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado”.

El artículo 2º del mismo cuerpo normativo reza: “Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos”.

En el Derecho Tributario, la forma y la sustancia de las operaciones adquieren relieves de importancia y su estudio ha concentrado – y concen-

tra - la atención de la materia. Siendo un tema común a todos los ordenamientos tributarios de todos los países –la lucha contra los mecanismos de ingeniería que antifuncionalmente se valen de las formas para evadir el gravamen - ha sido motivo de enormes esfuerzos doctrinarios los que siguen la construcción pretoriana de este concepto. De manera que en todas esas relaciones doctrinarias internacionales fácilmente puede advertirse el trasbasamiento del análisis de estas figuras de un orden jurídico a otro. Así observamos la influencia del derecho extranjero, en esta materia, sobre el argentino. Ese tema pretende ser el objeto de este trabajo.

La forma alude a un concepto legal y apunta al ropaje jurídico que adopta una operación determinada (por ejemplo si nos enfrentamos a un contrato de venta pero utilizando la figura del leasing). La sustancia refiere al sustrato económico de esa operación (por ejemplo, si nos enfrentamos a la venta de todas las acciones de una sociedad, ello equivale a transferir los activos de la misma). Se puede producir un punto de tensión entre ambos conceptos, sustancia y forma, pues en nuestro país el ordenamiento tributario faculta al legislador a disponer de conceptos propios del Derecho tributario cuya naturaleza puede ser diferente para el Derecho privado. Si en la ley tributaria se utilizan términos del derecho privado, esto no significa que debe prevalecer el sentido del derecho privado.

El combate a la elusión fiscal – en caso de que se considere a ésta como violación indirecta de la norma tributaria - se justifica, constitucionalmente, en el principio de capacidad económica como presupuesto del deber de contribuir y en la exigencia de un sistema tributario justo, inspirado en la igualdad y generalidad.<sup>4</sup> Ello se conecta con el fenómeno de la planificación tributaria.

Las normas sobre la evasión fiscal pueden clasificarse como (a) aquellas en que no existen medidas generales basadas en un estatuto o en la jurisprudencia; (b) norma general contra la evasión fiscal basada en la ley tributaria y (c) normas generales contra la evasión fiscal basada en la jurisprudencia. En las tres categorías, los países pueden tener en mayor o menor grado normas específicas contra la evasión fiscal. La frontera entre los grupos resulta bastante difusa ya que puede discutirse si una norma o una jurisprudencia es general o no; un ejemplo es la doctrina *Ramsay*, que más adelante referimos.

Este trabajo analiza la influencia que la regla de privilegiar la sustancia por sobre la forma otorgada a la operación (*substance over form*) puede tener sobre el derecho judicial argentino. Específicamente nos preguntaremos si estas figuras, tan propia de ordenamientos jurídicos más depurados, son plenamente aplicables a nuestro contexto local, nos referiremos a la regla del precedente – tan decisiva en el *common law* -, intentaremos reseñar jurisprudencia anglosajona sobre el tema y compararla con algunos precedentes de nuestro más alto tribunal de Justicia para evaluar su influencia.

## 2 LA SUSTANCIA POR SOBRE LA FORMA, ¿SON PAUTAS HERMENÉUTICAS PLENAMENTE APLICABLES EN NUESTRO ORDENAMIENTO?

El acento en la forma y sustancia en el Derecho Tributario – la preeminencia de una sobre la otra - como pauta hermenéutica se origina en el derecho de los países del *common law*. Para nuestro sistema jurídico son conceptos familiares anclados normativamente en los arts. 1 y 2 de la ley de procedimientos tributarios y se los ha reconocido como un mecanismo para individualizar o calificar, jurídicamente, un determinado negocio jurídico, también para quitarle el ropaje jurídico asignado a las formas legales adoptadas por las partes en una operación. Son, estos arts. 1 y 2 de la ley de procedimientos tributarios, dos normas precarias, inciertas, muy endeblas y que pueden traducirse en situaciones de inseguridad y discrecionalidad administrativa deformada (arbitrariedad).

La regla del *substance over form*, ¿puede extrapolarse sin más, sin reservas, a los ordenamientos jurídicos de tradición continental, romanista, como lo es el nuestro? Pasando el cribado fino sobre la cuestión, ¿no tendría que otorgarse mayor certeza conceptual a estas expresiones? ¿Son tolerables para nuestro régimen jurídico tributario, que se asienta sobre los dos pilares constitucionales de legalidad y capacidad contributiva? Nuestros tribunales y la administración tributaria ¿copian estas orientaciones normativas y jurisprudenciales en forma correcta? Entendemos por correcta el hecho de que no solo se importen estas ideas para fiscalizar sino también que vengan acompañadas del debido respeto de las garantías del contribuyente (decimos esto porque nuestro ordenamiento jurídico tributario conserva aún el *solwe et repete*).

Una interesante reflexión sobre lo que intentamos expresar se encuentra en la expresión de Woodrow Wilson, recogida por Tawil, quien se preguntó – para el sistema constitucional norteamericano - sobre «trasplantar instituciones extranjeras a este país. Esto es imposible: simplemente no crecerían aquí. Pero, ¿por qué no habríamos de usar ciertas ideas extranjeras como queremos, si son de alguna manera útiles? No corremos peligro de usarlas al modo extranjero. Pedimos prestado arroz, pero no lo comemos con palillos. Tomamos en préstamo nuestro vocabulario político de Inglaterra, pero dejamos las palabras «rey» y «señor» fuera de él... Podemos tomar prestada la ciencia de la Administración con seguridad y provecho, si atendemos a todas las fundamentales diferencias de condición entre sus principios esenciales. Tenemos solo que filtrarla a través de nuestra constitución, únicamente ponerla al fuego lento de la crítica y eliminar por destilación sus gases foráneos»<sup>5</sup>.

Es indudable que el concepto de sustancia sobre forma, como pauta hermenéutica, funciona con rigurosidad en ordenamientos jurídicos de mayor precisión conceptual que el nuestro, de mayor tradición de respeto a la nor-

ma; de mayor sensibilidad a la seguridad jurídica, de mayor certeza en las consecuencias de las relaciones jurídicas, con una tradición judicial de notable rigurosidad<sup>6</sup>. En países de tradición judicial anglosajona, en los que el *stare decisis* es vital y de una proyección *erga omnes* inexorable donde, quizá, los jueces tengan una mayor formación puntual en la especialidad tributaria.

Privilegiar la sustancia económica de una operación por sobre la forma jurídica adoptada es una figura que se aplica para dar respuesta a casos administrativos, judiciales y para calificar – o más precisamente recalificar – los negocios. Para que la administración tributaria utilice esta figura deberá cumplir con los principios constitucionales de legalidad, igualdad tributaria y seguridad jurídica, siendo la esencia del tema la correcta identificación del negocio jurídico a los fines de la configuración de la obligación jurídico tributaria. En otros términos, se trata de individualizar los límites de la autonomía del derecho privado.

Pero estas ideas se enfrentan con la obligación de recaudar que, como aclaró Tipke, debe hacerse pero no a cualquier costa: “Los funcionarios del Fisco no tienen el deber de ‘recaudar todos los impuestos posibles’ con cualquier tipo de medios. El aumento de recaudación no puede ser el estímulo ni la medida del rendimiento del funcionario del Fisco. Su ideal ha de ser, más bien, el de tutelar el Derecho tributario”<sup>7</sup>.

La trascendencia práctica y actual de esta cuestión es indudable y con regularidad eventos internacionales vuelven reiteradamente a ocuparse de su estudio<sup>8</sup>. Siendo este tema esencial en el Derecho tributario, también es importante, para el interprete, reflexionar sobre la génesis de su sistema legal, de tradición continental, romanista, civilista o del *Common Law*, en donde la balanza se inclina en favor del precedente jurisprudencial. La naturaleza del sistema legal es decisoria al momento de ajustar en la práctica, esta figura<sup>9</sup>.

El concepto de sustancia (legal) individualiza o apunta a los derechos y obligaciones en una relación legal; por ejemplo, si una transacción debe caracterizarse como venta o alquiler. La función principal del concepto de la sustancia legal implica recurrir a la naturaleza de la operación para desentrañar si es simulada o errónea a fin de hacer recaer, sobre el contribuyente, la obligación tributaria. Parece razonable suponer que cuanto más se utilizan en los estatutos fiscales los conceptos del derecho privado y más se interpretan con el mismo sentido que en el derecho privado, mayor es el alcance para la planificación fiscal y más se lleva a los extremos la cuestión de la relación entre la forma legal y la sustancia económica<sup>10</sup>.

Señala Rosso Alba que la interpretación económica en Argentina ha sido objeto de una vasta utilización por las autoridades fiscales e interpretación por el Poder Judicial, dando lugar a los contenidos más diversos. “Si comparamos la doctrina nacional con la extranjera podemos reparar que tan sólo

dos artículos de la ley de Procedimiento Fiscal han fundamentado definiciones tan amplias como las doctrinas extranjeras del *sham transaction*, *substance over form*, *step transaction* y el llamado *business purpose test*. El criterio de la realidad económica, ampliamente desarrollado en su contenido, resulta la herramienta más empleada por las autoridades fiscales para evitar la evasión y elusión doméstica e internacional<sup>11</sup>, la realidad económica, la sustancia sobre la forma no son datos jurídicos, son elementos imprecisos.

Lo que en definitiva interesa no es que se aplique o no la realidad económica como pauta interpretativa de una operación determinada, lo que le debe importar es que se cumpla con el valor justicia.

### 3 OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE COMBATIR LA EVASION PRIVILEGIANDO EL VALOR JUSTICIA

En el fenómeno de la evasión el contribuyente evita el pago escapando intencionalmente al alcance del gravamen, evitando la sujeción legal al impuesto al que está obligado por una norma. En el fenómeno de la elusión el contribuyente elimina, reduce o demora la obligación, utilizando los caminos que las propias normas jurídicas autorizan para arribar a dicho resultado. Uckmar se refiere a ahorro de impuestos, ejemplificándolo con aquel contribuyente que ahorra el gravamen evitando consumos, circunstancia que no es tomada en consideración por el legislador. Ahora bien, define a la elusión fiscal como un medio de eliminar, reducir o demorar la obligación tributaria<sup>12</sup>.

No escapa a nuestro análisis que la evasión tributaria es un mal social que no solo afecta a la administración tributaria en forma directa, sino también a los contribuyentes de probada trayectoria en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, porque inexorablemente sobre estos se incrementa la carga fiscal como consecuencia del incumplimiento de los otros, lo cual es a todas luces injusto. En la medida en que el contribuyente interprete honestamente la norma tributaria - utilizando las expresiones de la Corte Suprema - ostente evidencias en tal sentido y despliegue un negocio jurídico con una estructura apta ofrecida por el derecho privado, el mejor impacto tributario que así logra no es, en forma alguna y en nuestra opinión, reprochable. ¿Acaso puede pedirse a un contribuyente que pague más impuestos de los que la interpretación prudente y razonable de la ley le requiere?.

Ante los mecanismos elusivos que pueden adoptar los contribuyentes, las administraciones fiscales diseñan técnicas jurídicas y económicas para contrarrestarlos. Sustancia sobre forma es una carta "comodín" que la Autoridad fiscal puede jugar con extramada sencillez. Dentro de las teorías jurídicas se cuenta la preeminencia del principio de la primacía de la ley. Conforme a estos, el contribuyente podrá desarrollar una conducta

fiscalmente intachable si utiliza las figuras jurídicas que el derecho privado le ofrece, y a la vez lograr que el impacto tributario sea sensiblemente menor en comparación con el que le exigen otras estructuras jurídicas. Es obvio que esta tesis se opone al criterio fiscalista, que privilegia la justicia sustancial desde una perspectiva eminentemente económica, con el único objeto de sujetar a impuesto el ahorro que se logra por esta vía. Consecuentemente, si el contribuyente utiliza el formalismo jurídico y ciertas lagunas que derivan de la ley y logra un efecto fiscalmente aprovechable, la administración fiscal somete a imposición tal ventaja.

Nunca debe perderse de vista las dos balizas sobre las que se traza el camino de la fiscalidad, que son el principio de legalidad y el de capacidad contributiva. Además estamos, en materia tributaria, simplemente ante una obligación jurídica siendo el concepto de realidad económica un elemento extraño al mundo del derecho.

La reconciliación útil y la adaptación mutua de esas dos realidades jurídicas (el derecho del contribuyente a contribuir dentro de los extremos trazados por el hecho imponible y el derecho del Estado a recaudar) no se puede obtener mediante enfoques extremos y unidireccionales - actitudes formalistas o empleos de nutridas disposiciones antielusión - que han abierto el campo interpretativo a los tribunales. Señala Uckmar que la resolución del problema ha de tener carácter legislativo: debe ajustarse a la exclusiva competencia del legislador en el sector fiscal, de acuerdo con el principio de fortalecer la certeza jurídica<sup>13</sup>. Es la ley la que debe encargarse de resolver los espacios difusos, no la interpretación de la Administración tributaria a través de formulas hermenéuticas tan imprecisas.

En la práctica, la ley fiscal es compleja y su aplicación al caso concreto depende de muchas variables; por lo que la línea divisoria entre la elusión - no sancionable - y la evasión - delito tributario - es siempre difícil de trazar<sup>14</sup>. Sigue siendo complejo, aun cuando existen diferencias que permiten el distinguo entre ambas, lo cual gira en gran medida en torno a la honestidad del contribuyente al momento de la interpretación de una posición tributaria en el convencimiento de la corrección de tal decisión. En tal circunstancia debiera atenuarse el castigo.

Las dificultades que conlleva ubicar el gozne entre elusión y evasión, la preeminencia de la sustancia sobre la forma - en donde la realidad económica asume un rol preponderante - se exhibe como una herramienta confortable para que el Estado cumpla con este fin.

Decimos que es confortable para la gestión tributaria del Estado porque el art. 1 de la ley de procedimientos tributarios privilegia el fin de las normas impositivas y su significación económica, agregando que, cuando no es posible fijar, por la letra o el espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antes aludidas, podrá recurrirse supletoriamente a las normas, conceptos o términos del derecho privado. La

normas es de especificidad en favor del Derecho tributario – halo de autonomía - y remarca el “espíritu” de la norma. ¿Puede encontrarse algo más incierto que conocer el “espíritu” de una norma jurídica como la “voluntad” del legislador?

Complementa a esta disposición el criterio de interpretación previsto en la norma indicada que le acuerda especificidad al sistema tributario sólo autorizando a recurrir al ordenamiento privado en forma supletoria y secundaria, sólo cuando el Derecho tributario no define tal o cual figura. Las normas intentan dar prevalencia a la sustancia más que a la forma jurídica.

Con estas herramientas la Administración fiscal y los jueces pueden apartarse del formalismo conceptual, el *nomen iuris* asignado por las partes a un determinado negocio y la apariencia jurídica con que el mismo fue revestido. Más que un método para interpretar normas impositivas se trata de un principio para indagar los hechos y su relación con las figuras jurídicas empleadas por las partes. Lo normal es que la forma jurídica adoptada coincida con el negocio jurídico asumido como presupuesto de hecho, pero, en algunas circunstancias, pueden producirse divergencias entre ambos. Al respecto, el art. 2 del ordenamiento procesal tributario dispone que para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas, prescindiéndose de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas a la situación económica real. De esa manera se consagra por ley la prevalencia del sustrato económico subyacente en el hecho generador por sobre el ropaje jurídico utilizado por las partes intervinientes en el negocio, definida doctrinariamente como la teoría de la preeminencia de la intención empírica (situación de hecho) por sobre la intención jurídica (situación de derecho).

A través de la significación económica de las operaciones se tiende a evitar maniobras directamente dirigidas a disminuir en forma arbitraria el monto imponible de los impuestos mediante mecanismos elusivos. Es dable observar que no se castiga el ahorro tributario, sino la adopción de formas jurídicas inapropiadas o, en los términos de la ley, que no son las que el derecho privado ofrece o autoriza para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes. Estas reglas deben utilizarse con extremada prudencia, tendiendo a impedir que se incurra en abusos del derecho y evitando que se alteren, por consideraciones subjetivas del intérprete o juzgador, los conceptos adoptados por el legislador, y se aplican tanto en favor como en contra del contribuyente, y no solamente en su contra, como suele aplicarlas la Administración fiscal.

El contribuyente no tiene la obligación de pagar más impuestos si el ordenamiento jurídico no lo dispone de esa forma, ello además con fundamento en la garantía constitucional de legalidad en función de la cual el contribuyente no debe hacer lo que la ley no manda ni lo privado de lo que ella no prohíbe. Si la figura jurídica que el contribuyente adopta para la

realización de un negocio determinado es inadecuada en comparación con la que el Derecho ofrece, con el agravante de la evidencia, en el sentido de que el contribuyente se coloca en dicha posición para restar, intencionalmente, ingresos a las arcas del Fisco, tal conducta será sancionable sólo si el ordenamiento así lo tipifica. Por el contrario, si el contribuyente se coloca en una posición jurídica que el Derecho admite para la realización de una determinada situación y ello deriva en un ahorro tributario, tal conducta no será sancionable. El contribuyente tiene derecho a elegir, dentro de los límites constitucionales de la legalidad y ejerciendo la autonomía de su voluntad, la figura jurídica que mejor se ajuste a la realización de sus negocios.

No se nos escapa la complejidad del tema y lo llamativo que puede resultar la afirmación precedente que puede lucir agresiva, pero si consideramos al sistema tributario - desde un punto de vista estrictamente jurídico- como un conjunto discontinuo de hechos imponibles demarcado por esa fuerte tipicidad que conlleva la obligación de contribuir, en tanto no se encastre la conducta del contribuyente con aquella descripción abstracta, no surgirá ninguna obligación de contribuir. El principio de tipicidad - concepto plenamente jurídico y enraizado en nuestra Constitución nacional - no se compeadece con la intención económica o significación económica de las operaciones comerciales - conceptos estos ajenos al Derecho. He aquí las dificultades esenciales que estos temas generan.

## 4 SISTEMAS DE DERECHO E INTERPRETACIÓN ECONÓMICA

### 4.1 Referencia al realismo jurídico norteamericano

En el derecho judicial norteamericano se gestó el principio *substance over form*. El sistema jurídico americano pone el peso específico en el derecho judicial (*judicial made law*) y del caso concreto (*case law*). Estas características, señala Rodríguez Paniagua, han llevado a considerar que, en cuanto al método y al modo de creación, el derecho anglosajón se asemeja al derecho romano mucho más que los ordenamientos jurídicos que derivan más directamente de él en cuanto al contenido. En el derecho continental europeo es el legislador el promotor del derecho, en el derecho anglosajón lo es la magistratura. En el primero, la determinación del derecho se hace descendiendo del principio jurídico al caso particular. En el segundo se asciende del caso particular al principio jurídico. En el derecho continental se construye en base a la ley y al espíritu de ésta. En el derecho anglosajón, se construye sobre la base de la vida jurídica y la naturaleza del caso<sup>15</sup>.

En la regla del precedente (*stare decisis*) el juez anglosajón está ligado a ese precedente y está más trabado que el de la administración continental de justicia en virtud de que rige para los tribunales superiores el principio que autoriza a romper con el precedente, cuando se considera imprescindible.

La regla del *stare decisis* no vincula de suyo al Tribunal Supremo ni a los tribunales superiores de Estados Unidos de Norteamérica, pero observando la labor del juez del sistema continental este es mucho más libre en la aplicación de la ley lo cual implica un movimiento del derecho más ágil de lo que se supone. El juez anglosajón cuenta con la regla que lo autoriza a romper con el precedente cuando lo considere imprescindible. El juez continental, en cambio, cuenta con el margen de interpretación más o menos amplio que le deje el texto legal<sup>16</sup>.

Es Holmes<sup>17</sup> quien resume con enorme elocuencia su concepción del derecho en la célebre frase "*la vida del Derecho no ha sido lógica sino experiencia*"<sup>18</sup>. Esto es esencial para analizar el interrogante que planteo. Enseña Holmes que el objeto de estudio del derecho es la predicción, el acierto de cuáles van a ser en cada caso concreto las sentencias de los jueces aun cuando para ello haya que servirse de documentos del pasado, aludiendo a las sentencias judiciales, tratados y leyes de Estados Unidos y de Inglaterra, que abarcan un período de seiscientos años. En su visión del derecho, las sentencias conforman aquel y predicciones que se van generalizando y reduciendo a sistema. Las predicciones se presentan como un cuerpo finito de enunciados dogmáticos que pueden llegar a ser dominados en un período razonable de tiempo<sup>19</sup>.

También Holmes se encarga que desarticula la idea de que el derecho pueda configurarse con la exactitud propia de las ciencias matemáticas y, por consiguiente, encontrarse en él una solución segura y exacta. Esta confusión proviene de la forma lógica con que se revisten las sentencias y, en general, todo el lenguaje jurídico y se ve favorecido por el ansia humana de seguridad y certidumbre. Pero por más irreprochable que fuere cualquier razonamiento jurídico, lógicamente existe un punto de partida que depende de una valoración, de un juicio de valor y a ese punto de partida, es decir, a la preferencia de uno y otro de los diversos fundamentos posibles que se puedan poner a la base de las disposiciones o de las resoluciones jurídicas, no se le puede aplicar la matemática ni la lógica. Según los intereses que se trate de salvaguardar ante todo, la solución que se da al caso será distinta<sup>20</sup>.

Posteriormente Cardozo<sup>21</sup> enseñará que las fuentes del derecho son las leyes (*statutes*) y el *common law*, para el juez anglosajón. Pero lo importante será la actitud del juez ante ellas. Con respecto a las leyes, advierte que en ningún caso pueden hacer superflua la labor del juez, ni tampoco convertirla en automática y rutinaria. No puede quedar reducida a averiguar la intención del legislador, porque en muchos casos esa intención ni siquiera existió.

Cardozo recurre en su método jurídico para la creación y aplicación del Derecho, al método lógico, al método histórico y al método sociológico. El método lógico implica que el juez utiliza la lógica (a diferencia de la posición de Holmes que señaló que el derecho no es lógica sino experiencia). No se puede menospreciar la armonía de la estructura jurídica, pues no puede resolver una cuestión de una manera para ciertos actores y de otra

totalmente diferente para otros. La lógica conduce, cuanto menos, a brindar seguridad jurídica.

Estas mínimas referencias al realismo jurídico americano pueden ayudarnos a reflexionar en el sentido de que privilegiar la sustancia sobre la forma jurídica – a la manera del *substance over form* americano - podremos intentarlo para nuestro microclima local, pero con errores, pues no sólo podemos copiar esto: también deberíamos copiar el sistema garantista, los mecanismos claros de neutralización de la discrecionalidad administrativa y, como simple muestra de la poca similitud de ambos ordenamientos, deberíamos desterrar de una vez por todas el *solve et repete*, que campea con prestancia en todo el ordenamiento jurídico tributario argentino.

En consecuencia, ¿podemos importar, sin más, la regla del *stare decisis* que liga al juez anglosajón al sistema legal argentino? Sobre este punto cabe una reflexión pues existe un comando normativo constitucional que es el de legalidad: no puede la Administración fiscal ni los jueces, por vía de interpretación, extender los elementos de la obligación jurídica tributaria a fronteras no definidas por la ley. De allí el extremo cuidado a adoptar si se avanza sobre privilegiar la sustancia por sobre la forma (nuestro art. 2 de la ley 11.683, tan precario, de textura tan abierta, de contornos extensibles conforme criterios de discrecionalidad).

A tal extremo llega esta norma que se esbozó el distingo a través de las referencias a la *intentio iuri e intentio facti*. Opinamos que el principio de tipicidad cerrada, en clave de Xavier<sup>22</sup> no admite esta diferenciación. Tales términos a-jurídicos llevan al insólito extremo de convertir al interprete en una especie de oráculo al pretender determinar el interés de las partes. En todo caso no habría que buscar el interés sino la verdad.

#### 4.2 Derecho de tradición romanista

El Derecho no busca la verdad, pues ese es el objeto que corresponde a la filosofía. El Derecho tampoco busca como objeto inmediato la utilidad, ni el bienestar de los hombres, ni su seguridad, ni su enriquecimiento, ni el orden ni el progreso, pues estos forman parte de los objetivos de la política y la economía. El Derecho mira a la partición de los bienes. La misión del Derecho, como señalamos al inicio de este trabajo, es la de dar a cada uno lo suyo.

Bien dice Villey: “Pago de forma regular mi impuesto sobre la renta; dicho de otro modo, yo no contribuyo menos a los gastos públicos de lo que me corresponde. Hago realidad, al menos en este punto, el estado de la cosa justa (*dikaion*). Pero puede suceder que si yo declaro mis rentas tan exactamente es porque el Secretario de la facultad las comunica al inspector de Hacienda; no hay posibilidad de engañar. Y suponiendo que yo no pague en la fecha mandada, careciendo de relaciones en los medios administrativos de Hacienda, difícilmente podría escapar al agente ejecutivo. Puede ser que, en otras

circunstancias, yo imite el comportamiento común de los contribuyentes franceses. No debéis concluir de esto que soy *dikaïos*, que tenga la virtud de la justicia (*dikaïosune*). El *dikaïos* sería la justicia en mí, subjetiva: el *dikaion*, es la justicia fuera de mí, en la realidad objetiva: así se ha entendido durante mucho tiempo, en Francia, la idea de Derecho... El derecho (*to dikaion*) es un objeto; es, por ejemplo, mi parte de impuestos sobre la renta, que yo debo pagar o que he pagado, y que no debe ser ni excesiva ni insuficiente. Si, por tanto, el Derecho es un medio, es un justo medio objetivo ‘en las cosas’, in re”.<sup>23</sup>

La misión del Derecho no es que el individuo sea justo, ni vigilar la virtud del individuo ni siquiera regular su conducta. Nada le importa al jurista que subjetivamente yo sea honesto y lleno de buenas intenciones hacia las finanzas públicas; únicamente le importa que pague mi impuesto; y todavía con más precisión (ahí reside la misión de la ciencia del Derecho): le importa definir la parte de impuesto que me corresponde pagar... La idea del Derecho ha salido de la idea de Justicia, pero con Aristóteles el Derecho ha conquistado autonomía.”<sup>24</sup>

El Derecho es el objeto de la justicia. Lo propio de la justicia, entre las demás virtudes, es ordenar o regir al hombre en las cosas relativas al otro (alteridad). La Justicia se imparte en relación a otro. Se da el nombre de justo a aquello que, realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aún sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente (en tanto en el resto de las virtudes no se califica a algo como recto sino en atención a cómo el agente lo hace)<sup>25</sup>. El vocablo Derecho, originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Más tarde derivó en denominar al arge con que se discierne qué es lo justo. La razón determina lo justo y si esto se formula por escrito, estamos en presencia de la ley que, como tal, no es el Derecho sino cierta razón del Derecho.

Existe la obligación de pagar impuestos conforme lo establezca la ley. Pero si por vía de hipótesis, la propia falla de la ley autoriza – dentro del marco de la ley - a adoptar un camino más económico al contribuyente, esta actitud del mismo no debe ser cuestionable: es obligación del Estado sellar esa fisura del ordenamiento, no castigarla ex post por la vía del *substance over form* (cuya discrecionalidad en su aplicación parece evidente).

No se nos escapa que es imposible que el Derecho de todas las respuestas, la ilusión de la subsunción mecánica del caso a la ley no siempre es posible pero por abarcar todas las situaciones posibles con normas amplias antielusivas podría generarse situaciones de arbitrariedad, de injusticia que son, precisamente, las que el ordenamiento jurídico debe repeler.

Recordamos, con Tipke<sup>26</sup>, que “la fiscalidad empresarial no persigue medidas de compensación social o de redistribución de la riqueza entre las empresas. En principio, un impuesto sobre la empresa debería ser neutral para la competencia, es decir, debería basarse en un tipo proporcional y no progresivo. En cualquier caso la diferencia de trato entre las empresas no debería basarse en la forma jurídica que hayan adoptado”. En el sistema romanista es cada vez

más importante la influencia del precedente – no al nivel del *stare decisis* del *common law* - y es indudable que los precedentes de los tribunales anglosajones generan líneas de interpretación que proyectan sus efectos sobre nuestros tribunales. Puntualmente en el tema en análisis, como se verá más adelante, en Fallos 241:210 la Corte Suprema de Justicia de la Nación alude con referencia a precedentes del Derecho judicial estadounidense.

## 5 LEGALIDAD Y CAPACIDAD ECONÓMICA

Un jurista no puede admitir la interpretación económica pues no es un concepto jurídico.

Legalidad y capacidad económica son dos principios consulares que inspiran y justifican al Derecho Tributario. El primero enfoca al impuesto desde la perspectiva normativa – mira la forma de generación de la norma que obliga a contribuir, si ha cumplido el recaudo formal definido por la Constitución -, el segundo enfoca a su extensión, a su cuantía atendiendo a las particularidades del destinatario de la norma (contribuyente).

No podemos dejar de considerar que el Derecho Tributario desde una perspectiva de legalidad cerrada, es un sistema discontinuo de hechos impositivos es decir –insistimos- hay zonas de libertad y zonas de gravabilidad. Este dato constitucional de indudable fuerza, condiciona al superado concepto de la “realidad económica”.

De Mita afirma que “el principio constitucional de legalidad es uno de los pilares del sistema fiscal, cuya finalidad es contener a la discrecionalidad de la administración tributaria”<sup>27</sup>. La justicia presupone principios, valores o reglas. Estos principios ofrecen una medida unitaria, impiden que se mida con varas diversas, impiden, ante todo, la arbitrariedad carente de principios. Los principios deben llevarse hasta el final de modo consecuente<sup>28</sup>. El principio de capacidad económica es el único principio fundamental que respeta todos los derechos fundamentales de las Constituciones del Estado Social de Derecho. Además, se acepta generalmente como principio adecuado a la realidad. Ninguna persona desearía tributar más que otra a igualdad de condiciones económicas, por lo que debe aceptar que los demás sean tratados del mismo modo<sup>29</sup>.

La mal llamada “interpretación económica” – que, insistimos, es a-jurídica - sólo puede admitirse si lo que visualiza es el hecho imponible en cuanto a su cuantía y si lo consideró la propia norma, lo económico está dentro del hecho imponible, no puede venir por fuera, por vía de interpretación pues esa pretensión está fulminada por el primero de los principios indicados, el de legalidad.

La interpretación no recae sobre principio de la capacidad económica: este es el que se tuvo en cuenta al elaborar el impuesto, ya está contenida en el hecho imponible diseñado por el legislador, le otorga justicia a la imposición. La justicia particular presenta la singularidad de buscar un fin objetivo, la igualdad o la armonía en el reparto de los bienes inherentes al cuerpo políti-

co. La función primera del arte jurídico es la repartición de los bienes y de las cargas de modo que cada uno reciba su parte.

En el caso de los tributos, no es la igualdad simple, aritmética, lo que se busca. Sino más bien una proporción entre los bienes y las personas. En ningún lugar los impuestos son iguales sino proporcionales a las fortunas, a los modos de vida o a la estima que posee tal categoría llamada socio profesional. El papel de la justicia consiste en reestablecer el equilibrio, corregir el desequilibrio. El Derecho se ocupa de la distribución de las cargas y funciones públicas, del reparto de las propiedades, salarios, impuestos. De modo diferente el Derecho se ocupa de los intercambios (delitos y contratos donde juega subyacente la idea del sinalagma).

En punto a los derechos constitucionales tributarios ha señalado Zagrebelsky “hoy en día el derecho no es sólo “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad, como afirma la famosa definición Kantiana. No es el puro y simple formal ‘acuerdo de los arbitrios’, según la despreciativa fórmula hegeliana. Es el conjunto de condiciones en las que necesariamente debe moverse las actividades públicas y privadas para la salvaguardia de los intereses materiales no disponibles. Es un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades”<sup>30</sup>. El mismo autor, más adelante señala que: “Dicho de otro modo, hay exigencias de justicia general, existe un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal... Digamos entonces que la vida colectiva, desde el punto de vista del derecho constitucional actual, no es sólo el conjunto de derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes”<sup>31</sup>.

No debe perderse de vista que las normas constitucionales que aseguran el ejercicio de los derechos “se tratan de reglas o normas para la esfera de acción. Derechos humanos sólo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo, esto es, transformadas en derecho positivo”<sup>32</sup>.

En suma, lo primero a respetar es nuestro mandato constitucional de legalidad lo que significa que, por vía de construcción hermenéutica aún basada en la realidad económica, no podrá extenderse la matriz de incidencia tributaria a elementos no contenidos en una norma en sentido formal y material emanada del Congreso de la Nación.

## 6 TENSION ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

La relación entre el Derecho Público y el Derecho Privado es un comun denominador de la problemática de la planificación tributaria pues se enfrentan

el Derecho del Estado a imponer con el Derecho del contribuyente a ejercer la autonomía de su voluntad en materia contractual. Taveira Torres produjo recientemente un importante trabajo sobre este tema. Analizó este punto de tensión e inflexión en el Derecho Tributario, abogando por la certeza jurídica por sobre los mecanismos economicistas que, contenidos en normas jurídicas, dejan siempre abierto el margen discrecional en la interpretación de la relación jurídico tributaria con herramientas metajurídicas.

El profesor paulista señala que la autonomía privada, en la que hunde sus raíces nuestros sistemas jurídicos de tradición romanista y clara influencia francesa, se presenta como una calificación de la facultad que las personas tienen para crear entre sí normas jurídicas mediante el ejercicio de su libre voluntad, de modo que esos acuerdos son vinculantes plenamente para las partes. En el constitucionalismo contemporáneo coexisten dos poderes creadores de normas, por un lado la autonomía privada, el poder privado apto para producir efectos vinculantes entre las partes, y el poder público, mediante órganos habilitados para ese fin, pudiendo el legislador crear normas limitadoras de aquella a autonomía privada cuando se está en presencia de elementos que justifican la reglamentación de tales derechos por razones de un orden económico justo y solidario<sup>33</sup>.

Admitiendo el principio de la autonomía privada como expresión del poder derivado de la Constitución, que califica a los particulares como verdaderas fuentes de normas, ninguna ley puede reducir el campo de la autonomía privada sin fundamento en el orden público bajo pena de afectar el precepto de orden fundamental. Lo que el legislador puede es demarcar los modos, las condiciones y los requisitos para el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la constitución de los negocios jurídicos y otros, mediante la elección de los criterios que han de ser satisfechos por los interesados<sup>34</sup>.

Por esta razón es esencial que de manera constante el Estado revise la aptitud del ordenamiento tributario para que no se filtren bases impositivas y se sellen todas las fisuras encontradas por los operadores económicos utilizando la autonomía privada, que como sabemos es perfectamente legal en el ordenamiento jurídico. El Estado no puede escapar a su obligación de velar por normas tributarias que confieran certeza al operador jurídico y no puede, por su propia actitud, neutralizar los negocios privados sobre la base de que los contribuyentes pueden encontrar hendiduras a través de las cuales tamizar sus operaciones comerciales con un impacto tributario más ventajoso. En otras palabras, no puede el Estado recurrir al facilismo de la “interpretación económica” o “intención económica” o “sustancia económica” para castigar una conducta que las propias normas jurídicas pueden haber motivado. De aquí la fuerte vinculación entre arbitrariedad y discrecionalidad en la interpretación económica de las normas tributarias.

Veamos un ejemplo. Si un ordenamiento jurídico no cuenta con normas ampliamente abarcativas de todos los efectos derivados de la utilización

del contrato de *sale & lease back*, si por la utilización de éste las partes arribaran a una operación tributariamente ventajosa, no puede el Estado recurrir al facilismo de castigar la operación comercial sin haber, previamente, modificado la ley para sellar esa fisura. De otra forma se estaría injustamente haciendo cargar al contribuyente el costo de la ineptitud del ordenamiento para prevenir las deficiencias del mismo. Además el Fisco, frente a esta figura, debería cuestionar la legalidad y validez de ese tipo de operatorias y no puede limitarse a efectuar una interpretación de los hechos económicos supuestamente subyacentes a la misma, reconduciendo el negocio a otras figuras jurídicas que no son las que la partes han seguido. En otros términos el Estado no puede arrogarse la potestad de un verdadero legislador, pues ello le está vedado por el ordenamiento constitucional.

En efecto, el artículo 19 de la Constitución argentina dispone que «*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*». Este mandato hace referencia a la ley en sentido material, o sea a la norma jurídica de alcance general, impersonal y objetivo, contenida en una ley formal. En protección de esta garantía, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido categórica en reiteradas oportunidades en sentenciar que el cobro de un impuesto sin ley que lo autorice es un despojo que viola el derecho de propiedad como también que no cabe aceptar las interpretaciones analógicas o integradoras de las normas tributarias materiales para extender el derecho más allá de lo previsto expresa y concretamente por el legislador<sup>35</sup>.

Creemos sumamente útil destacar, en apoyo de nuestra aseveración sobre la obligación del Estado de revisar el ordenamiento tributario con debida frecuencia y plasmar normas de fácil y clara aplicación, que desde sus orígenes la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentenció que la Administración «...no puede ni debe, prevalerse del retardo causado por ella misma en perjuicio de otras personas a quienes su inacción y su reserva ha podido inducir en error, porque no es moral ni justo que la Administración que debe ser leal, franca y pública en todos sus actos, guarde en reserva sus créditos vencidos... para caer por sorpresa ...»<sup>36</sup>.

Zimmer<sup>37</sup> traza una comparación interesante. Analiza el caso de Bélgica y Argentina concluyendo que se trata de extremos opuestos de una escala. En Bélgica se considera un principio fundamental que la legislación fiscal esté regida por el derecho privado, lo que significa que los conceptos utilizados en los estatutos fiscales deben interpretarse conforme a su significado del derecho privado y que las transacciones deben identificarse de acuerdo con los principios del derecho privado. Además, la Constitución de Bélgica considera que la tributación es una violación de la libertad individual y del derecho de propiedad, lo que significa que los estatutos fiscales deben interpretarse y aplicarse de modo estricto; la analogía está prohibida y en caso de duda prevalecerá la interpretación favorable al contribuyente. En resumen, esto da la impresión de un sistema muy legalista y estricto. Sin

embargo, la Constitución de Bélgica no impide al legislador utilizar conceptos económicos en el derecho fiscal.

En Argentina, por el contrario, la libertad del legislador para establecer conceptos en las normas tributarias con independencia de los conceptos del derecho privado se considera que influye en la interpretación y aplicación de las normas tributarias. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que si las normas tributarias utilizan términos del derecho privado, esto no significa que debe prevalecer el sentido del derecho privado. Por el contrario, el contenido de ese concepto debe establecerse ante todo con referencia al derecho fiscal y las normas del derecho público y sólo, como último recurso, debe acudir al derecho privado. A pesar de todo esto en nuestro país se está muy lejos de ser una situación típica en la norma general de los países de la Europa meridional y América Latina.

La cultura jurídica de Francia que tanto peso ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico, es la iniciadora del concepto de que la forma es importante en la cultura francesa, incluida la cultura jurídica, y que eso procede ya de la época del Código de Napoleón. Por esta razón un régimen de aplicación estricta de las leyes escritas y hace que los tribunales naturalmente le asignen preferencia al significado de derecho privado de los conceptos jurídicos, incluso si el legislador tiene amplio alcance para promulgar leyes fiscales con conceptos especiales de derecho fiscal. La tendencia actual sobre la autonomía del Derecho tributario no se corresponde con el creciente efecto de que en que los tribunales prevalece el sentido de derecho privado de los conceptos legales.

En suma, es evidente que en la medida en que exista correspondencia entre forma jurídica y contenido material, no puede la ley tributaria – y menos aun su intérprete - desconocer los efectos que se derivan de la autonomía de la voluntad. Sobre el particular Martínez señaló que «es errónea la tesis de que, por importar al derecho tributario sólo el contenido económico del negocio jurídico, o sea, la intención práctica o empírica que las partes quieren alcanzar, la norma jurídico fiscal deba interpretarse de tal manera que, cuando el presupuesto de hecho del impuesto aparezca vinculado a un acto jurídico, será legítimo entender que la voluntad de la ley ha sido abarcar con el impuesto todo otro negocio o figura jurídica a la que pueda atribuirse el mismo contenido económico, salvo que el presupuesto venga definido por características formales”<sup>38</sup>.

## 7 PRECISIONES DEL LENGUAJE: SUSTANCIA Y FORMA

Enseña Barros Carvalho<sup>39</sup> que todo lo que se interpreta es lenguaje. ¿Qué es sustancia y que es forma? La forma hace referencia a la matriz legal, al formato jurídico empleado por el contribuyente para concertar un acto jurídico conforme deviene del estatuto jurídico plasmado en el Derecho privado. Pero existen muchos términos del Derecho tributario que encastran, en forma analoga, a los del Derecho privado. La sustancia individualiza el

contenido, el sustrato económico tenido en cuenta por el operador jurídico

Es frecuente – al interpretar un negocio jurídico - la ausencia de tensión entre la forma legal y la sustancia económica, pero en el desenvolvimiento de los negocios aparece la tensión cuando el formato jurídico no es funcional a la sustancia de la operación, tal el caso de la venta de todas las acciones de una empresa puede ser equivalente económicamente a la venta de los activos de la empresa; así, la sustancia de la transacción puede considerarse que es la venta de los activos de la empresa y no de las acciones<sup>40</sup>. Entonces ¿cual es el punto de inflexión entre los conceptos del Derecho Privado y los conceptos del Derecho Tributario?, cuáles son los conceptos tributarios autónomos y cuáles los que autoriza el Derecho Privado?

La ley argentina es deficiente. Autoriza a prescindir de las formas utilizadas por las partes en sus operaciones jurídicas cuando no sean las que “manifiestamente ofrece el Derecho Privado” (cfr. art. 2 ley 11.683 t.o. 1998 y sus modificaciones). Y así hemos convivido con esta norma por más de medio siglo (siendo que nuestro Derecho privado privilegia la autonomía de la voluntad).

Recordemos la causa “Vignes” de nuestra jurisprudencia en la que se recurrió al principio de la realidad económica para concluir en que es evasión la operatoria utilizada por el contribuyente que, a fin de vender un campo y evitar el pago del impuesto sobre los beneficios eventuales, estructuró la operación de venta con el mecanismo consistente en constitución de una sociedad anónima a la cual incorporó el campo y luego transfirió las acciones de la misma. Dos datos esenciales fueron observados por el Fisco nacional y confirmada esta tesis por la Justicia: precio de la operación y tiempo transcurrido en todo el armado de la operación, los que se erigieron en datos relevantes para juzgarse – correctamente - que el propósito de la operación fue sólo el de evadir el impuesto<sup>41</sup>. ¿Pero cuál hubiera sido la conclusión si le pactaba esa operación por un precio real y se esperaba un tiempo un poco mayor? La operación no hubiera podido ser cuestionada, y el propósito de reducir la carga tributaria igualmente hubiera sido el motivo central de la misma. Siempre, sustancia y forma, deben ser ponderadas a la luz de los principios constitucionales que son los que legitiman la obligación de contribuir. De lo contrario, nos ubicaremos en el sector de la conveniencia para la recaudación pero, quizá, resulte un sector ajeno al Derecho, a ese dar a cada uno lo que le corresponde.

## 8 EL DERECHO ANGLOSAJON Y LA CONSTRUCCIÓN PRETORIANA DEL PRINCIPIO DEL SUBSTANCE OVER FORM

### 8.1 Precedentes norteamericanos

En el precedente de la Justicia americana *Helvering v. Gregory*<sup>42</sup> (1934), el juez Learned Hand sentenció que la ley no castiga el deseo de evitar el pago del impuesto, si se elige para ello un medio lícito destinado a llevar la

carga fiscal a sus niveles más bajos. No pesa sobre el contribuyente ningún *deber patriótico* de pagar más impuestos de los previstos en la ley tributaria.

La interpretación del juez Hand encuadra en la corriente del “activismo judicial” existente en Estados Unidos desde la aparición del impuesto a la renta. De este célebre precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos surge la referencia al derecho de los contribuyentes a reducir el pago de sus impuestos, que de otra forma debiera haber pagado o eludirlo enteramente por medio de lo que la ley permite, no puede ser puesto en duda. Esta doctrina perfiló una serie de principios que fueron modelando el criterio de las Administraciones tributarias para autorizar o desautorizar los esquemas de arquitectura tributaria tendientes a la reducción de la carga tributaria.

Estos principios son, a) el propósito de los negocios *business purpose*; b) los pasos de la operación – *step transaction* -, c) la sustancia económica del negocio por sobre la forma – *substance over form* -, d) las transacciones falsas - *sham transaction*. Todo se refunde en la doctrina del *business purpose*, que en citado caso consistió en una transferencia de activos de una sociedad por acciones a otra sociedad por acciones se concreta a través de una transferencia efectuada a través de un proceso reorganizativo de sociedades y no como una transferencia de activos de una sociedad por acciones a otra.

Esa transacción consistió en un mecanismo negocial ajeno a las actividades desarrolladas por las dos sociedades. La contribuyente, Sra. Evelyn F. Gregory, poseía las acciones de una sociedad (S1) que a su vez tenía la propiedad de todas las acciones de otra sociedad (S2) que las Sra. Gregory se proponía adquirir. Con el objeto de evitar el impuesto a la renta de personas físicas resultante del pago de dividendos que distribuiría la S1, Gregory constituyó una nueva sociedad (S3) a la que le transfirió, a través de S1, todas las acciones de S2, a cambio de acciones. Inmediatamente concluida la operación societaria de constitución de S3, esta última sociedad fue liquidada de manera que las acciones de S2 pasaron íntegramente a la Sra. Gregory la que, tributariamente, la calificó como un aumento patrimonial proveniente de la reorganización societaria que había realizado y, como reorganización, estaba libre de impuestos. Desde la perspectiva del contribuyente, la entrega de las acciones de S3 no daría origen a ningún rendimiento susceptible de generar el impuesto a la renta. El Fisco americano consideró que la creación de S3 no tenía ninguna sustancia y debió ser ignorado de manera que, a través de esa interpretación, la distribución de las acciones de S2 en realidad se trataba de una distribución de dividendos directamente recibidos por medio de S1.

En otros términos, el Fisco americano – poniendo el acento interpretativo en la naturaleza del proceso - concluyó en que la operación no tenía objeto comercial o societario alguno, fue un simple mecanismos jurídico que escenificó una reorganización societaria como como figura que no deja ver la verdadera naturaleza de la operación, cuyo único objetivo y logro ha sido la consumación de un plan preconcebido no para reorganizar

un negocio sino simplemente para transferir el paquete accionario de uno a otro. No se pone en duda que se constituyó una nueva sociedad absolutamente válida, sin embargo, esa sociedad no era más que una pantalla, no fue genuina la operación, fue antifuncional pues no perseguía ningún fin solo producía un ropaje jurídico tendiente a reducir impuestos.

El *Board of Tax Appeals* consideró, contrariamente a la tesis del Fisco, que las operaciones eran reales. Apelado que fue el fallo, por la Administración ante el Tribunal, éste consideró que las operaciones representaban una hipótesis de simulación (*sham transaction*) y, posteriormente fue confirmado por la Corte americana pero reconociendo por *obiter dictum* que es legítimo derecho de los contribuyentes a economizar sus tributos escogiendo, para ello, el mejor modelo para atender a sus intereses, por cuanto no habría ningún deber programado por la ley que obligue al contribuyente a pagar el mayor impuesto posible. No existe ese deber patriótico. Con todo, la Corte americana instituyó la regla del *business purpose test* diferenciando la organización de las operaciones comerciales con objetivos de negocios concreto de aquellos que no tienen esa finalidad. Por tanto, la doctrina de este precedente estriba en que para ser legítima la operación debe tener un motivo no simplemente dirigirse a reducir la carga tributaria.

El precedente se proyectó como precedente insoslayable en el tema que nos ocupa y también fue acogido por referencia expresa en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>43</sup>.

En *Superior Oil Co. v. Mississippi*<sup>44</sup> se determinó que el contribuyente tuvo por única intención eludir un impuesto estadual en una transacción interna transformándola en una transacción interstadual lo cual jurídicamente era irrelevante dado que el verdadero y único propósito radicaba en eludir el gravamen y en los casos de elusión lo que determina la licitud o ilicitud es la voluntad de la ley, su finalidad y no la intención subjetiva del contribuyente. Por tanto, la exigencia encontrada extraída o colocada en la ley a través de su interpretación en el sentido de que fue intención del legislador su aplicación solo a los casos en que hubiese una transacción con objetivos realmente económicos y no la pura economía tributaria, acaba por afectar la propia intención del contribuyente. Por tanto se puede legítimamente escoger entre varias opciones o formas jurídicas pero todas ellas con contenido negocial sustancial desde el punto de vista de la intención del legislador.

El precedente *Higgins v. Smith*<sup>45</sup> (1940) Corte Suprema de EEUU sostuvo que el Gobierno no tiene la obligación de aceptar la forma que el contribuyente elige como la más ventajosa para conformar su negocio. La autoridad fiscal puede indagar la realidad subyacente y si concluye que la forma empleada para estructurar el negocio o para llevar a cabo el acto imponible impugnado resulta ficticia o simulada podrá mantener o desestimar los efectos de dicha ficción según resulte más adecuado a la luz de los objetivos tenidos en mira por la norma impositiva.

La doctrina de la intención negocial – *business purpose* - pasó a ser aplicada siempre que hubiese en la conducta del contribuyente la presunción de una transacción sin intención negocial, estando presente sólo el objetivo de eludir el impuesto, inclusive analizando la secuencia del camino jurídico adoptado por el contribuyente, dando así origen a la regla del *step transaction*.

En este sentido otra serie de fallos resultan ilustrativos del tema análisis. En la causa *Commissioner v. Court Holding Co.* (1945) se acordó, verbalmente la transferencia de activos de una empresa pero después de ser verificado el efecto tributario directo de la operación la transacción fue formalizada a través de una liquidación previa de la compañía a fin de que su socio vendiese la propiedad como persona física, generando una menor carga tributaria. La Justicia consideró la transferencia como la venta directa de un bien. En el caso *Goldstein v. Commissioner* (1967) una señora había obtenido un rendimiento gravado por lo que contrató un préstamo muy superior a la utilidad de manera que los intereses – que son deducibles - hacían desaparecer la base imponible, por tanto el impuesto a pagar. La señora pagaba los intereses del presunto préstamo en un sólo acto al inicio del préstamo. Dicho préstamo fue considerado sin una intención económica real y la operación fue tributariamente tratada como si el banco tuviese una inversión directa en títulos públicos y hubiese recibido una comisión por el préstamo que se consideró había otorgado, por tanto era no deducible el pago anticipado de los intereses. En el caso *Waterman Steamship Corp. v. Commissioner* (1971), una compañía subsidiaria antes de transferir sus acciones a otra empresa distribuyó dividendos a su controlante, cuya operación estaba exenta del impuesto, evitando anticipar una excesiva utilidad de capital gravado. La subsidiaria otorgó una nota de crédito a título de distribución de dividendos inmediatamente antes de la transferencia de sus acciones a otra empresa la cual, inmediatamente, concedió un préstamo a la subsidiaria del mismo valor que la nota de crédito para que ésta pagase a su ex-controlante el crédito que ésta destinó a título de dividendos. Se juzgó a la operación, por la proximidad de las fechas en que se realizaron la secuencia de operaciones, la extracción de las utilidades antes de la venta de las acciones como una operación única que no podía concluirse que se trataba de una operación con genuina intención negocial.

En el fallo *Knetsch v. United States* <sup>46</sup> (1960) el fisco no autorizó la deducción de intereses a un contribuyente que había tomado un préstamo con el único propósito de generar un gasto deducible en su impuesto a pagar. Anualmente el contribuyente aumentaba su deuda por un monto aproximado a los intereses debidos, en tanto los recursos financieros efectivamente tomados eran mucho más bajos. Los intereses generados anualmente pasaron a ser altos, en tanto la garantía otorgada por el deudor contribuyente detectada por el fisco se limitaba al valor de los recursos en moneda corriente efectivamente colocado en la transacción por el prestamista. El contribuyente alegó simplemente que los intereses era deducibles, excepto que una ley adoptase una restricción específica contra la forma en que lo implementó,

pero sólo para los períodos posteriores a los fiscalizados en el caso en discusión. La Corte americana aludió al precedente *Helvering v. Gregory* y consideró que la deducción de los intereses no era admisible porque no tenía, el préstamo, un contenido económico real. En este precedente hubo tres votos en disidencia, promovidos por el Juez Douglas, en el sentido que el remedio debería ser legislativo para estas situaciones reconociendo que la elusión fiscal era un motivo dominante en la operación y no permitir la deducción de los intereses porque la transacción no tenía sustancia comercial, implicaba trazar una línea que afectaría a una multiplicidad de situaciones, pues ese propósito es seguido por el contribuyente. La solución debe ser legislativa.

En *Bugler v. Johnson*<sup>47</sup> (1969) la Corte americana no autorizó la elusión fiscal que consistió en admitir la tesis fiscal que cuestionó los gastos de estudio (usualmente exentos del impuesto a la renta) en el caso de que el contribuyente tenía recibido el dinero de su empleador, en materia relacionada a su trabajo y con el hecho de que era esperado su retorno a la empresa cuando obtuviese un doctorado. El fisco americano no aceptó la aplicación de la exención considerando que tales hechos llevaban a la conclusión de que la situación concreta no era la tenida en cuenta por la ley para conceder la exención. En este caso la Corte interpretó la inintención legislativa.

Los principios resultantes de los precedentes indicados no trazaban un panorama concreto sobre el complejo tema de marcar el límite entre lo legal y lo que no lo es. Tarsitano<sup>48</sup>, en su agudo trabajo sobre este tema, nos referencia el precedente *Lyons* (1978) que permitió perfilar con mayor certeza el tema. La Corte Suprema produce la mayor cantidad de especificaciones que se hayan originado hasta el presente, al extremo de considerarse el caso más citado por los tribunales. El caso trataba de una sociedad por acciones cerrada dedicada a la distribución de artículos para el hogar. El Banco Worthen estaba radicado en el Estado de Arkansas (donde se originaron los hechos). El señor Lyon era accionista mayoritario y el presidente del directorio de Lyon y también era integrante del directorio de Worthen. El banco comenzó a planear la construcción de un edificio de oficinas para el banco, el cual financiaría, construiría y devendría en propietario del edificio. Como banco autorizado conforme a la ley de Arkansas, Worthen no podía legalmente pagar sobre los debentures que emitiera intereses más altos que aquellos establecidos en la ley de Arkansas. Pero a dicha tasa los debentures propuestos no serían comercializables. Las leyes imponía al Worthen la obligación de requerir autorización previa para realizar el negocio, ya que la operación superaba un determinado porcentaje – significativo – del capital del banco. La Reserva Federal no autorizó la operación para Worthen.

El banco, así, advirtió no era posible financiar mediante hipotecas convencionales y otros medios de financiación la construcción del edificio por lo que planificó la realización de contratos de *sale & lease back* a través de los cuales el Lyons, como accionista, adquirió el dominio del edificio. En el mismo acto alquiló el inmueble al banco por un plazo extenso.

También se obtuvo el préstamo para la construcción y el financiamiento hipotecario permanente. El banco estaba obligado a abonar el alquiler cuyo monto era equivalente a los pagos de capital e intereses adeudados por el accionante bajo la hipoteca y tenía el derecho a ejercer una opción de recompra sobre edificio, en varias oportunidades a precios cuyos montos eran equivalentes al saldo impago de la hipoteca y a la inversión inicial del accionante. Al declarar el impuesto a las ganancias en el año en que finalizó la construcción y tomó el banco la posesión, el accionante devengó alquileres del banco y declaró deducciones en concepto de depreciación del edificio, de intereses correspondientes al préstamo para la construcción y la hipoteca, y otros gastos relacionados con la transacción de *sale & lease back*.

La autoridad tributaria americana impugnó las deducciones tomadas con fundamento en que el accionante no era el titular de dominio del edificio a los fines impositivos, dado que el acuerdo de *sale & lease back* es una transacción financiera mediante la cual el accionante le había prestado una suma de dinero al banco, por lo que el accionante había actuado tan sólo como un medio para la transmisión del capital e intereses al acreedor hipotecario. Así la autoridad impositiva exigió al accionista el pago de diferencias impositivas.

La Corte Suprema de EEUU falló en favor del contribuyente y puntualizó una serie de datos que revelaban la realidad económica de la operación comercial, tales como: a) la existencia de competencia entre Worthen y el banco; b) Worthen no contaba con suficiente capital para acometer la empresa; c) imposibilidad de Worthen para construir por sí mismo por razones societarias (nivel del capital-endeudamiento); d) el ente estadual de regulación exigía que el edificio fuera propiedad de un tercero independiente; e) pluralidad de organizaciones financieras seriamente interesadas en participar en la transacción; f) la presentación de propuestas formales por parte de varias de dichas organizaciones bancarias; g) la competitividad de la presentación de ofertas; h) la buena fe en las negociaciones; i) la transacción se celebró en tres partes; j) la saludable situación económica de Lyon y su independencia jurídica de Worthen; k) la razonabilidad del monto de los alquileres y los precios de las opciones de compra; l) la veracidad de los precios de compra; m) Lyon no se dedicaba al negocio financiero; n) Lyon soportaba todos los riesgos de depreciación del edificio, así como también los riesgos de que Worthen pudiera incumplir o quebrar, como otros bancos lo habían hecho; ñ) Lyon no era responsable por el alquiler del terreno si Worthen decidía no ejercer ninguna de las opciones de prórroga; o) la inexistencia de un acuerdo entre Lyon y Worthen en el sentido de que Worthen debía ejercer cualquiera de las opciones de compra; p) la inexistencia de distintas alícuotas impositivas especiales para una de las partes.

También en *Commissioner vs. Newman*<sup>49</sup> (1949) señaló que nadie tiene la obligación de pagar más impuestos de lo que la ley demanda: los impuestos son exacciones compulsivas, no contribuciones voluntarias por lo que exigir más en el nombre de la moral, es meramente hipócrita. Dichos principios son, a mi juicio, aplicables en todo ordenamiento tributario a punto tal que

nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación sentenció que el esfuerzo honesto de los contribuyentes para limitar o reducir sus ingresos tributarios al mínimo legal, utilizando formas jurídicas económicamente más convenientes, no son reprobables, si bien la autoridad fiscal puede contrarrestar esta posibilidad mediante el establecimiento de presunciones o procedimientos para neutralizar el efecto buscado por el contribuyente. También el precedente se proyectó sobre nuestra jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>50</sup>.

La dualidad comparativa sustancia sobre forma proviene de la jurisprudencia norteamericana. En *U.S. v. Phellis*<sup>51</sup> (1921) la “forma” adoptada en una transacción es, en general, la etiqueta que las partes le asignan, por ejemplo llamando préstamo a lo que en realidad podría ser una compraventa. La Justicia (y la Administración fiscal) no están limitadas a esa etiqueta, pudiendo avanzar sobre la verdadera sustancia legal, prescindiendo de la forma (etiqueta asignada por las partes). Esta distinción es invocada por las autoridades fiscales con gran éxito.

Las transacciones artificiosamente elaboradas debe templarse ante la autonomía de la voluntad (recogida por el Código Civil argentino) que se traduce, en el derecho público, en la libertad que tiene el contribuyente para organizar sus negocios de la manera que desee y no está obligado a elegir las transacciones que conducen a impuestos más altos que otras posibilidades.

El concepto de sustancia (legal) individualiza o apunta a los derechos y obligaciones en una relación legal; por ejemplo, si una transacción debe caracterizarse como venta o alquiler. La función principal del concepto de la sustancia legal implica recurrir a la naturaleza de la operación para desentrañar si es simulada o errónea a fin de hacer recaer, sobre el contribuyente, la obligación tributaria. Parece razonable suponer que cuanto más se utilizan en los estatutos fiscales los conceptos del derecho privado y más se interpretan con el mismo sentido que en el derecho privado, mayor es el alcance para la planificación fiscal y más se lleva a los extremos la cuestión de la relación entre la forma legal y la sustancia económica<sup>52</sup>.

La cuestión en análisis, se encuentra indisolublemente unida a la problemática de la interpretación de las normas jurídicas. De la aparente sencillez de la redacción del precepto legal, frecuentemente surge la necesidad de llenar lagunas, despejar dudas y esclarecer ambigüedades. Se trata de descubrir el sentido latente del derecho positivo, cubrir los vacíos que, en mayor o menor medida, se encuentran en todo derecho positivo, pues la ley es, algunas veces, fragmentaria y oscuramente concebida. Tarea no exenta de dificultades si se considera como lo manifestara la célebre expresión del Justice Holmes, en el precedente *Towne vs. Eisner*<sup>53</sup> (1918) respecto de que la palabra no tiene la transparencia del cristal, es la piel de un pensamiento viviente y puede variar sustancialmente en color y contenido, de acuerdo con las circunstancias y el tiempo en el cual es usada.

## 8.2 Precedentes ingleses

En 1981 la *House of Lords* resuelve el caso *W. T. Ramsay*<sup>54</sup> de gran difusión fuera del Reino Unido por los principios que este precedente proyecta sobre la cuestión en análisis.

A muy grandes rasgos, el caso versó sobre un contribuyente que adquirió todas las acciones emitidas por una compañía y en la misma fecha, ese contribuyente pactó con la misma compañía dos préstamos pagaderos en plazos de 30 y 31 años respectivamente. La compañía tenía derecho a la precancelación del préstamo. Si alguno de los dos préstamos se cancelaba con antelación al vencimiento, el préstamo debía ser reembolsado a la par o al valor de mercado, el que fuere mayor. Los intereses que devengaban los préstamos podían modificarse, aumentando los de uno y disminuyendo los del otro. La concertación de la operación se hizo oralmente (con posterioridad se instrumentó en una declaración jurada que emanó de uno de los directores de la Compañía). El contribuyente canceló uno de los préstamos (con fondos recibidos de un banco) y redujo la tasa de interés del otro préstamo a cero. Se produjo, en el contribuyente, una fuerte pérdida de capital. Al momento de pagar éste el impuesto argumentó que el préstamo no era deuda sobre un título valor (gravada) porque no se había instrumentado sino pactado oralmente (por tanto no se aplicaba el impuesto, según el contribuyente). En una primera instancia, el juez inglés admitió la tesis del contribuyente en función de que, según las normas del derecho bancario inglés, la característica esencial de un título valor consiste en tratarse de un documento o certificado emitido por un deudor que representa un título valor comercializable o que puede ser negociado y convertido. Además, sostuvo el juez, no se habían ofrecido garantías del préstamo. La segunda instancia admitió la tesis del Fisco inglés sobre la base de que el préstamo tenía todas las características de un préstamo de acciones y que por lo tanto era una deuda sobre un título valor (gravada).

Uno de los principios que irradia esta causa estriba en considerar que los tribunales pueden perfilar la naturaleza jurídica de cualquier transacción a los fines de precisar si corresponde o no un impuesto. Si una serie de operaciones en cascada, concatenadas son las que elaboró el contribuyente, al momento de determinar la naturaleza jurídica de la operación se atenderá a ese grupo de operaciones en su conjunto y no a las transacciones individuales. El principio entonces deviene de que un escenario (esquema) que amalgama varias transacciones independientes, si tiene por propósito exclusivo evitar el gravamen, este dato autorizará al Fisco a determinar el impuesto y los tribunales no podrán limitarse a evaluar cada operación en forma individual sino a compulsar jurídicamente la totalidad del esquema en su conjunto. Si la operación tiene ribetes de complejidad y no se trata de una serie de transacciones independientes que no producen utilidades o pérdidas por lo que no afectan en forma sustancial los intereses del contribuyente, la autoridad fiscal podrá desestimar dicho esquema a los efectos impositivos.

Lord Wilberforce afirmó en esta causa que el contribuyente evidenció ciertos datos reveladores de una conducta antifuncional: (a) la existencia de varios pasos pre-armados; (b) varios documentos y pagos a efectuar en función de un cronograma pre-armado; (c) llamativa rapidez en toda la operación; (d) dos activos enlazados uno de los cuales crea una pérdida y el otro produce una ganancia de la misma magnitud de la pérdida pero de todo surge que la pérdida no es real y su única finalidad es que esa utilidad no esté gravada (por imperio de las normas del gravamen); (e) cumplido el objetivo buscado, las operaciones se cancelan recíprocamente y desaparece toda la operación; (f) al finalizar toda la operación, la posición financiera del contribuyente es la misma que tenía al principio, salvo que ha pagado un precio y ciertos gastos al consultor que le diseñó el esquema; (g) deliberada consecución de todos los pasos para finalizar el objetivo perseguido; (h) usualmente en estas operaciones el contribuyente no aporta dinero en concreto sino que el dinero se obtiene de un préstamo otorgado por una institución financiera, que está garantizado por un gravamen constituido sobre cualquier activo del contribuyente y que es reembolsado automáticamente una vez concluida la operación.

Lord Wilberforce<sup>55</sup> elabora así los siguientes principios: (1) los contribuyentes sólo deben contribuir a través de normas [palabras en la traducción exacta] claras y no mediante presunciones. Esa necesidad de que la letra de la ley sea clara deberá evaluarse de conformidad con «los principios generales; éstos no confinan a los tribunales a una interpretación literal. Las palabras pueden ser consideradas en contexto y de conformidad con la ley en forma integral, y a tal efecto deberá tenerse en cuenta el fin de dicha Ley. (2) Los contribuyentes tienen derecho a arreglar sus negocios de manera de reducir su carga impositiva, por tanto, el hecho de que la razón de una transacción sea evitar un impuesto no es de por sí causal para invalidar dicha transacción salvo que una ley específica así lo determine pues deberá evaluarse en función de sus efectos jurídicos. (3) El Fisco debe descubrir si un documento o una transacción es genuina o ficticia. Sostener que un documento o una transacción es genuino significa que, según la ley, es lo que parece ser y no pretende ser nada distinto de eso.

Del reconocido precedente *Ramsay* puede concluirse que, en determinadas circunstancias los tribunales pueden -al aplicar las normas jurídicas sobre las transacciones no al interpretarlas- determinar el tratamiento fiscal como si las partes hubieran realizado una transacción distinta a la que de hecho han efectuado.

En el Derecho judicial inglés nos enseña a través de otros precedentes de notoria proyección. En efecto, en el caso del *Duke of Westminster* se juzgó un simple sistema de neutralización de impuestos, en el cual el duque deseaba proporcionar a algunos de sus empleados una renta vitalicia a pagar con posterioridad a que cesaran en sus empleos. Los pagos de esa renta serían deducibles al calcular los ingresos del duque para fines fiscales, mientras que los pagos por sueldos no lo serían. Por consiguiente, el duque estableció un

convenio con cada empleado para efectuar pagos anuales en función de los servicios prestados. Esos pagos eran independientes de que el empleado permaneciera al servicio del duque. El acuerdo establecía que no influirían en el derecho al sueldo del empleado, pero había la expectativa colateral por parte del duque, reconocida por el empleado, de que el empleado olvidaría una parte del sueldo equivalente a la cantidad incluida en el convenio. La mayoría de los *Lords* legisladores aceptaron la descripción «en consideración de los servicios pasados» como parte de la sustancia legal. Sin embargo, un juez que disientía opinó que la sustancia legal de la transacción no se presentaba sólo en los documentos sino que se trataba más bien de que una parte de los sueldos del empleado se abonaría conforme al convenio. Apoyaba esa opinión refiriéndose a algunas extrañas consecuencias que se producirían si los documentos se aceptaran por su valor facial: el duque estaría cada vez más endeudado respecto a sus empleados y éstos serían plenamente responsables del impuesto sobre los ingresos por toda la cantidad de su derecho al pago. Este ejemplo muestra que a veces debe profundizarse en la relación contractual para hallar la sustancia legal.<sup>56</sup> En el caso resultó irrelevante los objetivos buscados por los particulares a través de una preferencia concreta respecto de un determinado instrumento jurídico elegido para la realización del negocio.

El caso del *Duke of Westminster* se refiere a un simple sistema de evitación de impuestos. El duque deseaba proporcionar a algunos de sus empleados una renta vitalicia pagadera después de que dejaran su empleo. Los pagos de esa renta serían deducibles al calcular los ingresos del duque para fines fiscales, mientras que los pagos por sueldos no lo serían. Por consiguiente, el duque estableció un convenio con cada empleado para efectuar pagos anuales ‘en consideración de los servicios pasados’, pagos que eran independientes de que el empleado permaneciera al servicio del duque. El acuerdo establecía que no influirían en el derecho al sueldo del empleado, pero había la expectativa colateral por parte del duque, reconocida por el empleado, de que el empleado olvidaría una parte del sueldo equivalente a la cantidad incluida en el convenio.»<sup>57</sup>

En el precedente *Mc Niven v. Westmoreland Investments Limited*, del año 2001, la *House of Lords* limitó la amplitud de la doctrina sentada en *Ramsay*, resolviendo en contra de la determinación del *Internal Revenue Commissioner*. Para renovar la doctrina en la materia se consideró que la doctrina *Ramsay* no podía aplicarse sin más como una pauta hermenéutica en materia de ahorro tributario en razón de las particularidades de cada caso en análisis, asimismo privilegió el texto de la ley y su encastre con el sentido que el Poder Legislativo pretendió dar a la norma jurídica desde una perspectiva comercial, apta para superar lo concretamente jurídico existiendo varios conceptos en las normas tributarias que no pueden ser interpretados de esta forma ya que se refieren a pautas jurídicas que no tienen ese sentido amplio que tiene la faz comercial. Asimismo, con el propósito de determinar el alcance general de la interpretación de las normas tributarias deben apelarse al sentido usual, normal de las expresiones en el contexto de que se trate y aún cuando la expresión legal

aluda a un concepto comercial, no podrá desconocerse la transacción que parte del sentido corriente del lenguaje legal por el sólo hecho de que se pretendió obtener una ventaja tributaria. Estas conclusiones permiten considerar que no resulta fácil individualizar caminos preconstituidos generalmente aplicables sino que cada supuesto de hecho tiene una individualidad concreta que inhibe la adopción de criterios generales.

En otros términos, se plantea la cuestión de decidir si un concepto es «legal» (igual al concepto del derecho privado en la terminología del presente informe) o «comercial». En el Reino Unido, en cuyo sistema se respeta inexorablemente los conceptos de derecho privado, este precedente fue liminar. Se trataba de una empresa que deudora de intereses los que, además de vencidos, los debía a su único accionista que era un fondo de pensiones. Tales intereses no se podían deducir hasta su efectivo pago. El fondo prestó dinero a la empresa que lo imputó al pago de tales intereses que debía al fondo. La Cámara de los *Lords* analizó si la empresa había «pagado» intereses al fondo en esa situación y los alcances del concepto de “pago”: se refiriera a un concepto jurídico o comercial. La Cámara de los *Lords* expresó que: «La prueba de un concepto puramente legal que proporciona *Lord Hoffmann* es lo que, si se preguntara a un especialista comercial lo que significa, diría ‘mejor es que se dirija a un abogado’. Por otra parte, *Lord Hoffmann* nos dice que un concepto comercial es ‘un concepto al que el Parlamento quiere darle un sentido comercial capaz de trascender la individualidad jurídica de sus elementos componentes’.»

Finalmente, por ser integrante del sistema *Common Wealth* señalamos que el Tribunal Supremo del Canadá – apartándose de los precedentes británicos - sentenció en los casos *Shell* y *Singleton*, de 1999 y 2001 respectivamente que el enfoque debe basarse sólo en la ley y que no está admitida la reidentificación de las transacciones basadas en una estrecha conexión económica entre ellas. Así, en el caso *Singleton*, el contribuyente retiró el capital de *partnership* de la firma jurídica de la que era asociado y lo utilizó para adquirir una vivienda. Sustituyó el capital de la *partnership* por dinero prestado y pidió una deducción por los intereses (que no se acepta en el caso de dinero prestado para adquirir una vivienda). El Tribunal Supremo rechazó la recalificación de las transacciones como un préstamo para adquirir una vivienda. Sin embargo, esos resultados se alcanzaron sin referencia directa a normas constitucionales (o a una norma general contra la evasión promulgada ulteriormente)<sup>58</sup>.

## 9 INFLUENCIA EN EL DERECHO JUDICIAL ARGENTINO

### 9.1 Los vasos comunicantes entre los distintos ordenamientos jurídicos

Con estas referencias a los precedentes del derecho judicial comparado intentamos enfatizar la complejidad de la cuestión en análisis que luce como huidiza, incierta, y generadora de discrecionalidad administrativa la

que, mal entendida, podría convertirse en arbitrariedad. Por ello nuestro ordenamiento debería mejorar normativamente el facilismo al que conduce del precario “principio de realidad económica” previstos en nuestros artículos 1 y 2 de la ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modificaciones).

No se pone en duda la influencia del derecho judicial comparado sobre nuestros tribunales, máxime en estos tiempos de globalización –inclusive - del servicio de justicia (los tribunales arbitrales internacionales están interviniendo aún en cuestiones tributarias). Pero la influencia no puede limitarse a esta herramientas hermenéuticas. Para tomar estas referencias también deben meritarse otros conceptos como la doctrina constitucional que se aplica en aquellos países de donde se extraen estos conceptos. Es decir, la influencia debería ser en bloque, no selectivamente conforme satisfaga a los intereses de una sola de las partes en la obligación tributaria (en el caso, el Fisco).

La interconexión de los diferentes ordenamientos es inexorable lo que lleva a decir a Vigo<sup>59</sup> que el derecho comparado es una “fuente de derecho” y nuestra Corte Suprema es un buen terreno para constatar todo el peso que tiene en la realidad el derecho extranjero, particularmente en el terreno jurisprudencial. El nuevo y expansivo modo de cultivar el derecho es el diálogo con otros derechos, no obstante que se constaten otros hábitos en nuestra propia química interna. Fallos como “Cafés La Virginia SA”<sup>60</sup>, “Girolidi”<sup>61</sup> y “Bramajo”<sup>62</sup> imponen a los juristas una información permanente tanto en torno a las sentencias y opiniones de otros tribunales como de organismos internacionales.

Pero fundamentalmente debe considerarse la raíz sobre la que crece el Derecho Tributario argentino, que son los principios constitucionales que nunca pueden ser ignorados. En tal sentido remarcamos que Madison en *El Federalista* escribió «...el departamento legislativo es el único que tiene acceso a los bolsillos del pueblo»<sup>63</sup>. Esta gráfica visión se plasma en nuestro programa constitucional como derivación inexorable de la fuente inspiradora de nuestra Constitución Nacional, es decir, la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Blackstone en *Commentaries on the Laws of England*, dice respecto de la aplicación de impuestos, que es un indisputable privilegio y derecho de la Cámara de los Comunes, y la razón de esta exclusividad radica en que sólo el pueblo puede gozar de la potestad de aplicarse, a si mismo, gravámenes<sup>64</sup>. Dicey puntualiza tres aspectos que inexorablemente deben estar ordenados por la ley, cuales son la autoridad para la aplicación de tributos, la autoridad con facultades para efectuar los gastos y satisfacerlos con aquella recaudación de las rentas públicas y la seguridad de que la imposición se basa en una ley específica con tal propósito<sup>65</sup>. Casás enseña que el principio legalidad es un límite infranqueable de la discrecionalidad pues sólo el legislador puede seleccionar circunstancias y hechos determinados y elevarlos a la categoría jurídica obligación<sup>66</sup>. Señaló Lord Acton que ningún impuesto es legítimo si no ha sido aprobado por la clase que lo paga, es decir, “la tributación es inseparable de la representación” y ello no es un privilegio de algunos países sino un derecho de todos. “Ningún príncipe en

el mundo, decía Felipe de Comynnes, puede establecer el impuesto ni de un solo penique sin el consentimiento del pueblo”<sup>67</sup>.

Por esta razón, no puede la Administración - con fundamento en criterios discrecionales resultantes de la norma que recibe en nuestro ordenamiento la “interpretación económica” - extender a través de tales criterios, el hecho imponible a extremos que no resulten de la ley. Ello agravia al ordenamiento constitucional y vulnera el valor justicia.

## 9.2 Doctrina judicial de la Corte Suprema en relación con la realidad económica y cierta influencia del Derecho judicial comparado

La causa *Gregory v. Helvering* sentó el criterio de que no existe un deber patriótico de pagar más impuestos y además que debe evaluarse el propósito del negocio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación citó expresamente este precedente en apoyo a una de sus sentencias que el esfuerzo honesto de los contribuyentes para limitar o reducir sus ingresos tributarios al mínimo legal, utilizando formas jurídicas económicamente más convenientes, no son reprobables, si bien la autoridad fiscal puede contrarrestar esta posibilidad mediante el establecimiento de presunciones o procedimientos para neutralizar el efecto buscado por el contribuyente.<sup>68</sup>.

La CSJN en la causa *Atkinsons*<sup>69</sup> estableció que las leyes tributarias deben ser interpretadas conforme a la realidad de los hechos originándose así la tesis hermenéutica de atender a la *sustancia*, y no a las *formas* jurídicas externas de los actos involucrados, o sea que las construcciones artificiales utilizadas por los contribuyentes no deben prevalecer sobre la realidad que las mismas encubren. Hemos observado que en la causa *U.S. v. Phellis* la Corte americana había prescindido del *nomen iuris* otorgado a una operación por las partes y de la misma forma en *Higgins v. Smith* en la que se decidió que el estado no tiene la obligación de aceptar la forma que el contribuyente elige para conducir sus negocios, por tanto la autoridad tributaria puede indagar sobre el sustrato económico real del negocio.

En la causa *Refinerías de Maíz*<sup>70</sup>, la Corte Suprema se pronunció expresamente sobre la realidad económica, respecto de esta sociedad que era de responsabilidad limitada por lo que dependía de una sociedad extranjera la que poseía la casi totalidad del capital de la empresa argentina. Así se resolvió que no podía ella celebrar un contrato consigo misma y por eso desestimó la pretensión de descontar en el balance impositivo lo pagado por regalías. En el derecho judicial americano, se sentenció que la intención del legislador se cumple si el contribuyente opta por una gama de opciones todas ellas con contenido económico sustancial, conforme lo estableció en la causa *Superior Oil Co. v. Mississipi*.

En los años 70, la Corte Suprema aplicó explícitamente la doctrina de la *penetración* o del *órgano* o del *disregard* a través de los artículos

[actualmente] 1 y 2 de la ley de procedimientos tributarios. Nos referimos a los primeros conocidos casos *Parke Davis*<sup>71</sup>, *Mellor Goodwin*<sup>72</sup> donde afirmó, sin hesitación, que «de lo que se trata es de la necesaria prevalencia de la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva, sea esta favorable al fisco o al contribuyente» y “Ford Motor”<sup>73</sup>.

En la causa *Eurotur*<sup>74</sup> la Corte Suprema remarcó que la determinación de la verdadera naturaleza del hecho imponible debe hacerse atendiendo a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan los contribuyentes.

En la causa *Cafés y Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos. SA*<sup>75</sup> nuestro más Alto Tribunal sentenció que «...es misión del intérprete indagar el verdadero sentido y alcance de la ley, mediante un examen atento y profundo de sus términos, que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador así como también que, cualquiera sea la índole de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquella ...»

En *Fleischman Argentina Inc*»<sup>76</sup> el máximo tribunal de la República sentencia la «necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria».

Asimismo, en la causa *Multicambio S.A.*<sup>77</sup>, categóricamente establece la Corte Suprema, en el considerando 8º, que la Constitución Nacional «impide que se exija un tributo en supuestos en que no estén contemplados por la ley» (cfr. considerando 8). Concordantemente, señaló que «el propósito de evitar una posible elusión del tributo, que inspira a su vez, a la decisión apelada, no puede llevar por vía interpretativa a establecer restricciones a los alcances de una exención, que no surgen de los términos de la ley ni pueden considerarse implícitas en ella, pues tal pauta hermenéutica no se ajusta al referido principio de legalidad o reserva».

En la causa *Eves S.A.*<sup>78</sup>, el alto tribunal en el considerando 8º expresa que «cuando el legislador ha considerado pertinente gravar la actividad de intermediación, lo ha señalado expresamente en la ley». Agrega en sus considerandos 10 y 11 que «cualquier extensión analógica, aún por vía reglamentaria, de los supuestos taxativamente previstos en la ley y señalados en el considerando anterior, se exhibe en pugna con el principio constitucional de legalidad del tributo. Al respecto se tiene sentado que no cabe aceptar la analogía en la interpretación de las normas tributarias materiales para extender el derecho o imponer obligaciones más allá de lo previsto por el legislador, habida cuenta de la reiterada doctrina en el sentido de que, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones fiscales, rige el principio de reserva o legalidad -arts. 4 y 67 inc. 2, de la Constitución Nacional (Fallos 312:912). Concordantemente con lo expuesto, ninguna carga tributaria puede

ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones...».

Más recientemente, nuestro más Alto Tribunal ha reconocido el principio de seguridad jurídica, adjudicándole jerarquía constitucional y utilizándolo incluso para limitar la aplicación de la pauta hermenéutica de la realidad económica. Así y entre otros, en la causa, *Autolatina de Argentina S.A.*, expresó en el considerando 20: «Que tampoco resultan atendibles los agravios fundados en las pautas interpretativas consagradas en los arts. 11 y 12 de la ley 11.683 (actualmente 1 y 2 del texto ordenado en 1998). Ello es así pues, sin desconocer la significativa importancia que tiene en esta materia el principio de la realidad económica, su aplicación no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales que regulan concretamente la relación tributaria. Una conclusión contraria afectaría el principio de reserva o legalidad, supondría paralelamente un serio menoscabo de la seguridad jurídica, valor al que este Tribunal ha reconocido asimismo jerarquía constitucional (Fallos 220:5; 243:465; 251:78; 253:47; 254:62,... e importaría prescindir de la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria (Fallos 253:332; 315:820 y causa *Multicambio S.A. s/ recurso de apelación*, fallada el 1 de julio de 1993).»

En relación con estos últimos dos precedentes de la Corte Suprema se irradian sobre los mismos una situación próxima a la resuelta en la causa *Commissioner vs. Newman* que señaló que siendo los impuestos exacciones compulsivas y no voluntarias, sería hipócrita exigir un deber moral de contribuir en exceso.

## 10 CONCLUSIÓN

Pretendemos, en este trabajo, enfatizar que la doctrina del *substance over form*, tiene origen en un sistema legal (anglosajón) de una sensibilidad jurídica diferente al nuestro. Es por ello que, de admitirse su utilización como pauta hermenéutica para nuestro sistema legal, deberíamos: a) privilegiar el abanico de garantías constitucionales nuestro ordenamiento madre acuerda al contribuyente condicionando al Estado, nos referimos al principio de legalidad, generalidad, igualdad y capacidad contributiva los que – de aplicarse sin más estas pautas hermenéuticas foráneas, vigentes en ordenamientos judiciales seguramente más depurados en la aplicación de tales pautas interpretativas. b) Además, deberían también transplantarse – desde el derecho anglosajón - la previsibilidad jurídica, la desaparición del *solve et repete*, y todas las garantías – y obligaciones - que el contribuyente tiene en esas latitudes.

En el Derecho Tributario argentino, las normas de los arts. 1 y 2 de la ley 11.683 encarnan la figura de la sustancia económica o realidad económica

en donde se asienta la aplicación de tales pautas hermenéuticas. Estas son las herramientas con las que el fisco cierra las fisuras que nuestro ordenamiento tiene y que los contribuyentes utilizan. Un ejemplo lo tenemos en el tratamiento fiscal específico para algunas operaciones comerciales como es el caso del *sale & lease back*. Para esta figura fue necesario la sanción de un decreto reglamentario que resolviese a futuro y neutralizase los efectos adversos que se generaban para las arcas del Estado la utilización de esa figura. También en materia de fideicomisos, fue necesario el decreto 780/96 y posteriormente su modificación para dar cierta certeza tributaria a esas operaciones. En estos dos ejemplos podemos observar que las leyes no resolvían el tratamiento fiscal y que, a posteriori de la utilización de esos instrumentos jurídicos, fue necesario cerrar las fisuras tributarias que los mismos tenían. Otro ejemplo que deja abierto espacios en beneficio de la inseguridad jurídico aparece en materia de comercialización de obligaciones negociables con oferta pública de los títulos para la procedencia de la neutralidad tributaria que prevé la ley 23.962, art. 36 bis. Es necesario que el Estado, a través de la autoridad con competencia específica en la materia, defina qué debe entenderse por oferta pública a fin de darle certeza a los operadores jurídicos que deben saber a qué atenerse tributariamente. Estas son deficiencias, fallas del sistema legal que el Estado debe clarificar y no resolverlas con la interpretación económica.

Interpretar en función de la intención histórica del legislador, en torno a la cual gira la idea del propósito del negocio (*business purpose*) y la prevalencia de la sustancia sobre la forma (*substance over form*) es notoriamente una forma que siembra inseguridad y siempre necesitará de pruebas muy firmes para arribar a lo que habría sido la intención del legislador al crear una norma determinada. Ello genera discrecionalidad que podría tender a la arbitrariedad, la que en derecho no se admite.

Como bien afirma Rolim<sup>79</sup>, la equidad restringe la rigidez de un sistema de derecho fundado en el respeto pleno a los precedentes judiciales (*stare decisis*). Precedentes como *Hevelring v Gregory* crean una regla de sustancia sobre forma y de intención negocial que es suficientemente razonable para resolver los casos de creación artificial de una persona jurídica que fue dada de baja apenas luego de la realización de la operación que implicaba una economía de impuesto, pero que no deja –esa regla– de ser dudosa en un sistema como el common law, para no decir que es extraña a juristas de tradición y formación en ese sistema donde impera el precedente.

Esta omnímoda facultad a favor de la autoridad administrativa exhibe una textura a todas luces abierta, autorizando al Fisco a interpretar –desde una perspectiva económica– las operaciones jurídicas, todo lo cual –en principio– produce la sensación de enfrentarse a claras potestades discrecionales de la administración. Esta norma, en otros ordenamientos, no es tan impre-

cisa sino que se autoriza la discrecionalidad interpretativa de la autoridad fiscal pero privilegiando el concepto de “propósito del negocio”. No puede admitirse la interpretación económica extensiva, sin hablar de analogía, sin herir a la garantía constitucional de legalidad<sup>80</sup>. Normas de esta naturaleza siembran inseguridad. Lo único que tiene privilegio en el ordenamiento jurídico es el valor Justicia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Luís Villar Borda (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Externado de Colombia, 1995.

ARESPACOHAGA, Joaquin de. *Planificación fiscal internacional*. Marcial Pons: Madrid, 1998.

BALLARD, Richard M. y Davison, Paul E. M. Relato nacional británico sobre *Form and substance in tax law*. Cahiers de Droit Fiscal International. Oslo: Congreso IFA, 2002.

BLACKSTONE. *Commentaries on the Laws of England, a Facsimile of the First Edition of 1765-1769, Volume I Of the Rights of Persons (1765)*. Chicago & London: The University of Chicago Press.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Derecho Tributario: fundamentos jurídicos de la incidencia*. 2ª ed. Serie Biblioteca de Derecho Tributario de la Universidad Austral. Buenos Aires: Abaco, 2004.

CASÁS, José O. *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Apreciação crítica do projeto de lei complementar de iniciativa do Poder Executivo Federal que procura introduzir no Brasil a interpretação econômica do Direito Tributário ou, o que dá no mesmo, a chamada norma geral anti-elisiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DALBERG-ACTON, John Emerich Edward (Lord Acton). *Ensayos sobre la libertad y el poder*. Madrid: Unión Editorial, 1999.

De MITA, Enrico. *La legalita tributaria*. Napoli: Giuffrè Editore, 1993.

DICEY. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. Liberty Classics, Indianapolis, EEUU.

GARCÍA NOVOA, César. *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1975.

MADISON. *El Federalista*. Cuestión XLVIII, Fondo de Cultura Económica, México.

MARTÍNEZ, Francisco. El criterio económico y la importancia que para el Derecho Fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica (intention facti) y la intención jurídica (intention iuris). *Derecho Fiscal*, Tomo XX-B.

McKAY, Hugh. Tax avoidance issue. *British Tax Review*, 1998, n. 2. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.

MORGAN, Patricia T. *Tax procedure and tax fraud*. Chicago: West Publishing Co., 1990.

\_\_\_\_\_. *International Tax Avoidance and Evasion, Four related Studies*. Paris: OCDE, 1987.

ROCHA, Valdir de Oliveira. *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001.

RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Historia del Pensamiento Jurídico*. T. II, Siglos XIX y XX. 8ª ed. Madrid: Universidad Complutense, 1997.

ROLIM, João Dácio. *Normas Antielisivas Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001.

ROSSO ALBA, Cristian E. La fiscalidad internacional y los problemas de la evasión y elusión en las transacciones internacionales en Argentina, In: *Impuestos sobre el Comercio Internacional*. V. Uckmar, A. C. Altamirano y H. Taveira Torres (coord.). Serie Biblioteca de Derecho Tributario de la Universidad Austral. Buenos Aires: Abaco, 2003.

ROWLAND, Hugh y BAUER, Jill W. The right of a United States taxpayer to avoid taxes. *International Tax Review*, July/August. London: 1990.

SIMÓN ACOSTA, Eugenio. Fraude de ley y bonos austríacos. *Jurisprudencia Tributaria*, Pamplona (España), n. 8, año 2001.

TAWIL, Guido S.. *Administración y Justicia*. T. I. Buenos Aires: Depalma, 1993.

TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los Contribuyentes*. P. M. Herrero Molina (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributario e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

UCKMAR, Víctor. Informe General en el XXXVII Congreso de la IFA - International Fiscal Association. *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXVIII a. Oslo: Congreso IFA, 2002.

VIGO, Rodolfo Luis. *De la ley al Derecho*. México: Porrúa, 2003.

VILLEY, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho: definiciones y fines del Derecho*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1979.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977

. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1999.

ZIMMER, Frederik. General Report on Form and substance in tax law. In: *Form and substance in tax law*. Cahiers de Droit Fiscal International. Oslo: Congreso IFA, 2002.

<sup>1</sup> ARESPOCHAGA, Joaquín de. *Planificación fiscal internacional*. Marcial Pons: Madrid, 1998, p. 39.

<sup>2</sup> SIMÓN ACOSTA, Eugenio. Fraude de ley y bonos austríacos. *Jurisprudencia Tributaria*, Pamplona (España), n. 8, año 2001.

<sup>3</sup> XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributacao*. San Pablo: Revista dos Tribunais, 1977; *Tipicidade da tributacao, simulacao e norma antielisiva*. San Pablo: Dialética, 2002.

<sup>4</sup> GARCÍA NOVOA, César. *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*. Marcial Pons: Madrid, 2004, p. 98. Agrega el autor que, además del principio de capacidad contributiva como justificante de la lucha contra la elusión, también se cuentan la obligación solidaria del sostenimiento del Estado (principio de solidaridad)

<sup>5</sup> WILSON, Woodrow, *The study of administration*, 2 *Political Science Quarterly* 218, 219 (1887), citado por TAWIL, Guido S., en *Administración y Justicia*, tomo I, Depalma 1993, p. 11.

<sup>6</sup> En el realismo jurídico americano despliega sus banderas sobre un estilo de pensar el Derecho con algunas notas comunes: a) la concepción del Derecho como algo en constante movimiento, creado ante todo por los jueces; b) la concepción del Derecho como un medio para la consecución de los fines sociales, c) la concepción de la sociedad como algo que está también en continuo flujo; d) la desconfianza de las normas y de los conceptos tradicionales en cuanto descripciones de lo que de hecho realizan las gentes o los tribunales; e) la desconfianza de que las fórmulas normativas, en su aspecto de precepto o prescripción, sean el factor operativo de más peso en la determinación de las decisiones judiciales; f) la creencia de que vale la pena clasificar los casos y las situaciones legales en categorías más concretas o estrechas de lo habitual. Cfr. RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Historia del Pensamiento Jurídico*, T. II, Siglos XIX y XX, Universidad Complutense, Octava Edición, Madrid, 1997, p. 591.

<sup>7</sup> TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los Contribuyentes*. Traducción de P. M. HERRERO MOLINA, Marcial Pons, 2002, p. 82

<sup>8</sup> En los Congresos de la International Fiscal Association se analizó esta problemática, expresamente, en el Congreso de Londres, 1965 en el que se trató sobre “*La interpretación del derecho fiscal, con especial referencia a la forma y la sustancia*”; en el Congreso de Venecia de 1983, cuyo tema central fue la evasión fiscal; analizándose también –aunque tangencialmente– en Rio de Janeiro, 1989, *La ignorancia de la entidad jurídica para los fines fiscales*; en Ginebra 1996, *Aspectos internacionales de la subcapitalización*; en Munich 2000, *Imposición de los instrumentos financieros híbridos en transacciones transfronterizas*; en San Francisco 2001, *Límites sobre el uso de regímenes de baja imposición por empresas multilaterales: medidas actuales y tendencias emergentes*.

<sup>9</sup> La naturaleza del sistema legal es de tanta trascendencia que ZIMMER, Frederik, relator general del Congreso IFA 2002 remarca al inicio de su relato, textualmente, lo siguiente: “*Una interesante cuestión consiste en determinar si existe alguna diferencia sistemática en el enfoque y las soluciones entre los países de derecho civil y los países de jurisprudencia en lo que respecta a la forma y la sustancia. Por ello se pidió a los ponentes que indicaran si su país pertenece a la familia de derecho civil o de la jurisprudencia o tal vez a ninguna de ellas. Conforme a las respuestas y otra información, los siguientes países pertenecen al grupo de derecho civil: Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Colombia, Corea, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, México, Países Bajos, Finlandia y Uruguay. Probablemente Argentina pertenece también a este grupo. El ponente de Suecia señala que su país puede considerarse probablemente como de derecho civil, y el ponente general opina que esto también se aplica a los otros países nórdicos, esto es, Dinamarca y Noruega (incluso si esa clasificación rara vez se hace en tales países). Incluso si la influencia estadounidense ha sido importante después de la Segunda Guerra*

Mundial, Japón pertenece también al grupo de países de derecho civil. Al grupo de jurisprudencia pertenecen los siguientes países: Australia, Canadá (excepto la provincia de Quebec, en donde el derecho privado es por tradición de derecho civil), Estados Unidos de América, India, Nueva Zelandia y el Reino Unido". Cfr. *General Report on Form and substance in tax law*. IFA Congress, 2002, Oslo, Noruega. Publicado en los Cahiers del evento.

<sup>10</sup> ZIMMER, Frederik. "General Report on Form and substance in tax law" publicado en los Cahiers del evento. sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega.

<sup>11</sup> ROSSO ALBA, Cristian E. *La fiscalidad internacional y los problemas de la evasión y elusión en las transacciones internacionales en Argentina*, publicado en *Impuestos sobre el Comercio Internacional*, AAVV coordinado por V. UCKMAR, A. C. ALTAMIRANO y H. TAVEIRA TORRES, Abaco, Buenos Aires, Serie Biblioteca de Derecho Tributario de la Universidad Austral, 2003, ps. 910. ROSSO ALBA remarca que esta teoría del *substance over form* es muy fácilmente encastrable en el principio de la realidad económica vigente en Argentina. "Por años la Corte Suprema de Justicia, la Cámara Federal y el Tribunal Fiscal han sostenido pacíficamente que en la determinación del hecho imponible debe atenderse a la sustancia y no a las forma jurídicas externas de los actos involucrados, de modo tal que -como señalan Giuliani Fonrouge y Navarrine- los artificios usados por los contribuyentes no deben prevalecer sobre la realidad que ellos encubren". Op. cit. p. 912.

<sup>12</sup> UCKMAR, Víctor, *Informe General en el XXXVII Congreso de la IFA -International Fiscal Association, Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXVIII a, p. 152. Ver también FALSITTA, Gaspare, *Ob. cit.* ps. 189 y siguientes.

<sup>13</sup> UCKMAR, V. *op cit.*, p. 162.

<sup>14</sup> MORGAN, Patricia T., *Tax procedure and tax fraud*, West Publishing Co., 1990, p. 4. Ver también *International Tax Avoidance and Evasion, Four related Studies*, OCDE, París, 1987, p. 16 y ROWLAND, Hugh y BAUER, Jill W., *The right of a United States taxpayer to avoid taxes*, en *International Tax Review*, July/August, 1990, p. 23.

<sup>15</sup> RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Historia del Pensamiento Jurídico, T. II, Siglos XIX y XX*, Universidad Complutense, Octava Edición, Madrid, 1997, p. 572.

<sup>16</sup> RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Op. cit.*, T. II, p. 574.

<sup>17</sup> Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, Oliver Wendell HOLMES (1841-1935) es autor, entre otras de la obra *Common Law (1881)* de enorme influencia y traducida al español por F. N. Barrancos y Vedia, Buenos Aires, 1964. Más influyente aún es *The Path of the Law (La senda del Derecho)*, conferencia dictada en la Universidad de Boston, 1987, publicada en español por Abeledo Perrot, 1975.

<sup>18</sup> HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 16. Expresa que las sentencias, que permanentemente se multiplican por centenas "se congregan las dispersas profecías del pasado sobre los casos del porvenir. Con acierto se las ha llamado oráculos del Derecho...lo que llamamos obligación o deber jurídico no es sino una predicción de que si una persona realiza o deja de realizar ciertos actos deberá sufrir de esta o aquella manera la sanción de un tribunal de justicia, y otro tanto puede decirse de la facultad jurídica o derecho subjetivo"

<sup>19</sup> HOLMES, Oliver Wendell. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>20</sup> RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Op. cit.*, p. 577.

<sup>21</sup> CARDOZO (1870-1938) fue Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica y autor de dos influyentes obras: *The nature of the Judicial Process*, 1921 y *The Growth of the Law*, 1924. Cfr. RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Op. cit.*, p. 578.

<sup>22</sup> XAVIER, Alberto. *Os principios da legalidade e da tipicidade da tributacao*, San Pablo, 1977; *Tipicidade da Tributacao Simulacao e norma antielisiva*. Dialética, San Pablo, 2002.

<sup>23</sup> VILLEY, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, p. 86.

<sup>24</sup> VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>25</sup> Santo TOMÁS DE AQUINO. 2-2 q. 57 a.1.

<sup>26</sup> TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los Contribuyentes*. Traducción de P. M. Herrero Molina, Marcial Pons, 2002, p. 47.

<sup>27</sup> DE MITA, Enrico. *La legalita tributaria*. Giuffrè Editore, 1993, p. 14.

<sup>28</sup> TIPKE, K. *Op. cit.* p. 29.

<sup>29</sup> TIPKE, K. *Op. Cit.* p. 34.

<sup>30</sup> Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil*, Trotta, Madrid 1999, tercera edición, p. 94.

<sup>31</sup> Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, p. 95.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Traducción al castellano Luís Villar Borda, Editorial Universidad del Externado de Colombia, página 97, Bogotá 1995.

<sup>33</sup> TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributario e Direito Privado*. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2003, ps. 107 y 110. Agrega el autor que la autonomía privada no es una autorización estatal en razón de que en los actuales modelos de organización social, el Estado es también un ente creado por la Constitución a la cual se obliga en sentido formal y material. En la Constitución el Estado encuentra justificación para el ejercicio de su poder normativo en el plano interno del país, imponiendo deberes y obligaciones por intermedio de sus tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) en nombre del interés público que lo legitima y, en el plano exterior, la relación con los demás órdenes soberanos y organismo internacionales (cfr. op. cit. p. 109).

<sup>34</sup> TORRES, Heleno Taveira. *Op. cit.*, ps. 129.

<sup>35</sup> Fallos 184:542; 185:36; 186:521; 206:21; 214:269; 251:7.

<sup>36</sup> Fallos 10:203.

<sup>37</sup> ZIMMER, Frederik. "General Report on Form and substance in tax law" publicado en los Cahiers del evento. sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega. MARTÍNEZ, Francisco, "El criterio económico y la importancia que para el Derecho Fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica (intention facti) y la intención jurídica (intention iuris)", artículo publicado en Derecho Fiscal, Tomo XX-B, pp. 849 y ss.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ, Francisco, *El criterio económico y la importancia que para el Derecho Fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica (intention facti) y la intención jurídica (intention iuris)*, artículo publicado en Derecho Fiscal, Tomo XX-B, pp. 849 y ss.

<sup>39</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Derecho Tributario. Fundamentos jurídicos de la Incidencia*. Abaco, Buenos Aires, Serie Biblioteca de Derecho Tributario de la Universidad Austral, 2a Edición, 2004.

<sup>40</sup> ZIMMER, Frederik. "General Report on Form and substance in tax law" publicado en los Cahiers del evento. sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega. Señala que "Esa tensión puede producirse en particular en la combinación de dos o más transacciones (transacciones por etapas). Si esas transacciones llevan al contribuyente aproximadamente al lugar donde empezó (transacciones circulares por etapas), su sustancia económica puede ser despreciable o nula, por ejemplo, por la venta y la recompra inmediata del mismo objeto. En otros casos existe una sustancia económica (transacciones lineales por etapas), pero distinta a la indicada por la forma legal de la transacción, por ejemplo, la venta a través de un sujeto intermedio. Debe mencionarse que incluso si el contenido económico de una transacción puede considerarse equivalente a otra transacción (por ejemplo, la venta de todas las acciones en lugar de la venta de los activos de la empresa), las transacciones pueden tener diferentes consecuencias legales (derecho privado). En el caso de la venta de todas las acciones en relación con la venta de los activos de la empresa, existe una diferencia en lo que se refiere al sujeto vendedor (accionista o empresa) y en lo que se refiere a la situación creada después de realizar la transacción (si la empresa posee todavía o no los activos)".

<sup>41</sup> «Vignes, Alberto Juan», CNACAF del 2/4/73, Rev. Derecho Fiscal, p. 683. Ver también «Eurotur SRL s/ recurso de apelación. Impuesto a las ganancias». CSJN, del 4/5/95, E-253.XXII en el cual el Alto Tribunal remarca que la determinación de la verdadera naturaleza del hecho imponible debe hacerse atendiendo a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Continúa así la doctrina sentada en Fallos 237:246; 249:256; 251:379; 283:258; y 307:118.

<sup>42</sup> Helvering v. Gregory, 69 F. 2d 809, 810 (2<sup>nd</sup> Cir, 1934), aff'd 293 U.S. 465 (1935). "[A] transaction, otherwise within an exception of the tax law, does not lose its immunity, because it is actuated by a desire to avoid,

or, if one choose, to evade, taxation. Any one may so arrange his affairs that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which will best pay the Treasury; here is not even a patriotic duty to increase one's taxes". Este precedente se proyectó sobre otros en los que la Corte americana no revocó los precedentes que consideraban el derecho del contribuyente a disminuir o evitar sus impuestos por medios lícitos, tales como "United States v. Isham", 17 Wall. 496, 506; "Superior Oil Co. v. Mississippi, 280 U.S. 390, 395, 396 S. 50 S. CT, 169; "Jones v. Helvering", 63 App. D.C. 204, 71 F. (2d) 214, 217.

<sup>43</sup> Fallos 241:210.

<sup>44</sup> "Superior Oil Co. v. Mississippi" 280 U.S. 390, 395, 396 S. 50 S. CT, 169;

<sup>45</sup> "Higgins v. Smith", 308 US. 473, 477, 84 L. Ed. 406, 60 S. Ct. 355, 1940

<sup>46</sup> "Knetsch v. United States", 1960, 364, US 361.

<sup>47</sup> "Bugler v. Johnson", 1969, 394 US 741.

<sup>48</sup> TARSIANO, Alberto. *Interpretación de la ley tributaria*, en AAVV coordinado por H.A. García Belsunce, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 561 y s.s.

<sup>49</sup> «Commissioner vs. Newman», 159 F. 2d 848, 851 (2d Cir. 1947).

<sup>50</sup> Fallos 241:210.

<sup>51</sup> "U.S. v. Phellis", 257 U.S. 156, 168 (1921). También "Weinert's Est. v. CIR", 294 F. 2d 750, 755 (5<sup>th</sup> Cir. 1961).

<sup>52</sup> ZIMMER, Frederik. "General Report on Form and substance in tax law" publicado en los Cahiers del evento. sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega.

<sup>53</sup> 245 U.S. 418, 425 (1918).

<sup>54</sup> Ramsay v. IRC, 1982 A.C. 300; 1981 2 WLR 449; 1981 1 All ER, 865, HL. Cfr. comentarios en DAVIES, F.R. *Principles of Tax Law*, Sweet & Maxwell, London, 1996, p. 40 y s.s. MCKAY, Hugh. *Tax avoidance issue*. British Tax Review, 1998, N° 2, p. 81 y s.s. Sweet & Maxwell, Londres, 1998.

<sup>55</sup> Dijo WILBERFORCE en esta sentencia "A subject is only to be taxed on clear words, not on "intendment" or on the "equity" of an Act. Any taxing Act of Parliament is to be construed in accordance with this principle. What are "clear words" is to be ascertained on normal principles; these do not confine the courts to literal interpretation. There may, indeed should be, considered the context and scheme of the relevant Act as a whole, and its purpose may, indeed should be, regarded..."

<sup>56</sup> BALLARD, Richard M. y DAVISON, Paul E. M. Relato nacional británico sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega.

<sup>57</sup> BALLARD, Richard M. y DAVISON, Paul E. M. Relato nacional británico sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega. La mayoría de los lores legisladores aceptaron la descripción «en consideración de los servicios pasados» como parte de la sustancia legal. Sin embargo, un juez que disenta opinó que la sustancia legal de la transacción no se presentaba sólo en los documentos sino que se trataba más bien de que una parte de los sueldos del empleado se abonaría conforme al convenio. Apoyaba esa opinión refiriéndose a algunas extrañas consecuencias que se producirían si los documentos se aceptaran por su valor facial: el duque estaría cada vez más endeudado respecto a sus empleados y éstos serían plenamente responsables del impuesto sobre los ingresos por toda la cantidad de su derecho al pago. Este ejemplo muestra que a veces debe profundizarse en la relación contractual para hallar la sustancia legal.

<sup>58</sup> ZIMMER, Frederik. "General Report on Form and substance in tax law" publicado en los Cahiers del evento. sobre "Form and substance in tax law", Cahiers de Droit Fiscal International, Congreso IFA 2002, Oslo, Noruega.

<sup>59</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *De la ley al Derecho*, Porrúa, DF, México, 2003, p. 20.

<sup>60</sup> Fallos, 317:1282.

<sup>61</sup> Fallos, 318:514.

<sup>62</sup> Fallos, 319:1840.

<sup>63</sup> MADISON. *El Federalista*, Cuestión XLVIII, Fondo de Cultura Económica, México, p. 211.

<sup>64</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England, a Facsimile of the First Edition of 1765-1769, Volume I Of the Rights of Persons (1765)*", The University of Chicago Press, Chicago & London, p. 163, traducción libre).

<sup>65</sup> DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis, EEUU, p. 200.

<sup>66</sup> CASÁS, José O. *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 575 y s.s.

<sup>67</sup> DALBERG-ACTON, John Emerich Edward (LORD ACTON) *Ensayos sobre la libertad y el poder*. Unión Editorial, Madrid, 1999, p. 94.

<sup>68</sup> Fallos 241:210.

<sup>69</sup> Fallos 257:739, del 24/5/57. En igual sentido cfr. causa "Cobo de Ramos Mejía", Fallos 251-379.

<sup>70</sup> Fallos 259:141, "Refinerías de Maíz", causa del10/7/64.

<sup>71</sup> Fallos 286:97

<sup>72</sup> LL 152-341 de fecha 18 de octubre de 1973.

<sup>73</sup> LL 155-163

<sup>74</sup> CSJN, del 4/5/95, E-253.XXII. Esta doctrina sigue la sentada en anteriores precedentes registrados en Fallos 237:246; 249:256; 251:379; 283:258; y 307:118.

<sup>75</sup> CSJN del. 4/3/86

<sup>76</sup> Derecho Fiscal, XLVII, 171, fallo del 13.6.89, cfr. considerando 7º.

<sup>77</sup> Impuestos LI-B, 1766, del 1.6.93.

<sup>78</sup> del 14.10.93, E 35-XXIV,

<sup>79</sup> ROLIM, João Dácio. *Normas Antielisivas Tributárias*, Dialética, San Pablo, Brasil, 2001, p.173.

<sup>80</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Apreciação crítica do projeto de lei complementar de iniciativa do Poder Executivo Federal que procura introduzir no Brasil a interpretação económica do Direito Tributário ou, o que dá no mesmo, a chamada norma geral anti-elisiva*. Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, 2000, p. 15. Ver también AAVV coordinada por Valdir de OLIVEIRA ROCHA *O planejamento tributário e a lei complementar 104*, Dialética, San Pablo, 2001.

## ECONOMIC INTERPRETATION OF TAX LAW. NOTES ON THE INFLUENCE OF COMMON LAW OVER LEGAL SYSTEMS BASED UPON ROMAN LAW

### ABSTRACT

This paper examines the issue of the interpretation of tax law rules in Argentine Law, assessing the right of the taxpayer to taxation planning as a policy of management and strategy in business. The theory of economic interpretation in Tax Law is to be examined as related to Argentine Law and compared with the principles of strict legality and economic capacity, as

well as opposed to the duty of the State to fight tax evasion and to uphold the assurances granted to taxpayers. The author highlights the differences between tax evasion and tax elusion, in order to establish their limits. The influence of Common Law can be especially perceived in the “Substance against Procedure”, theory that exists in Argentina. Finally, an analysis is made on the abovementioned theory in Comparative Law.

**KEYWORDS:** Tax Law. Taxation Planning. Economic Interpretation. Substance. Procedure. Legal transaction. Legality. Juridical Safety. Economic Capacity. Tax Evasion. Tax Elusion. Justice.

## L'INTERPRÉTATION ÉCONOMIQUE DE LA NORME FISCALE

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article qui analyse le problème de l'interprétation de la norme fiscale dans l'ordre juridique argentin, en analysant le droit du contribuable à la planification fiscale en tant que politique de gestion et de stratégie d'entreprise. La théorie de l'interprétation économique du droit fiscale est examinée dans le contexte de l'ordre juridique argentin, se confrontant aux principes de la stricte légalité, de la sécurité juridique et de la capacité économique du contribuable, et en s'opposant à l'obligation de l'État à combattre l'évasion fiscale et les garanties du contribuable. C'est remarqué la différence entre élution et évasion pour essayer de tracer les limites des deux. Il s'agit aussi de vérifier l'influence du droit anglo-saxon, notamment de la théorie de la “substance sur la forme”, dans la construction jurisprudentielle argentine. Finalement, il s'agit d'une analyse dans le droit comparé de la théorie de la “substance sur la forme”.

**MOTS-CLÉS:** Droit fiscal. Planification fiscale. Interprétation économique. Substance. Forme. Objectif commercial. Légalité. Sécurité juridique. Capacité économique. Évasion. Elusion. Justice.

# OS DISCÍPULOS ADMINISTRATIVISTAS DE MAURICE HAURIUO\*

Eric Millard\*\*

1 Introdução. 2 Um fato: a existência em Direito Administrativo de uma escola defensora de Hauriou. 3 Uma interrogação: pode-se ser discípulo “administrativista” de Hauriou?

## RESUMO

Trata-se de artigo acerca da contribuição de Maurice Hauriou ao Direito Administrativo e da possível existência de uma corrente de discípulos da doutrina propalada por este autor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Maurice Hauriou. Contribuição. Direito Administrativo. Discípulos.

## 1 INTRODUÇÃO

Uma preocupação elementar de realismo e de honestidade leva, inicialmente, a prevenir os leitores de que não será possível tratar a totalidade das questões que um título talvez escolhido um tanto rapidamente impõe. Tentar-se-á falar sobre os *discípulos administrativistas de Hauriou*, indagando-se mais precisamente se eles perpetuam uma Escola da qual Hauriou seria o fundador e da qual seu pensamento seria o alicerce.

Pensando bem, tal reformulação não é necessariamente ilegítima: chega-se sempre tarde e o estado atual do Direito Administrativo já foi longamente e pacientemente relatado, sobretudo por Lucien Sfez que, em uma tese clássica analisando a *Contribuição do decano Hauriou ao Direito Administrativo Francês*, dedica um longo capítulo (mais de 130 páginas) à difusão do pensamento administrativo de Hauriou na doutrina.<sup>1</sup> Tema após tema, sem deixar de lado qualquer autor importante que seja, Lucien Sfez mostra e mede as relações entre doutrinas, questiona os discípulos para ver o grau de fidelidade e as eventuais distâncias. Em síntese, ele delimita a questão.

É verdade que a tese de Lucien Sfez data de mais de trinta anos. Mas se ela deve ser completada, se há eventualmente uma renovação do interesse administrativista por Hauriou, é provável que os ensinamentos gerais que

\* Tradução (c) 2005 Valeschka e Silva Braga.

\*\* Professor de Direito Público. Responsável pelo Mestrado em Direito Público na Universidade de Paris - XI - Sceaux. Autor de diversos livros e artigos jurídicos.

Lucien Sfez pôde tirar sobre estes pontos da influência doutrinária não devem ser radicalmente modificados.

A primeira constatação que deve ser feita abordando este tema é a de sua amplitude: nada escapa a Hauriou em Direito Administrativo. Se não for a globalidade da análise, cada um encontrará, em tal desenvolvimento de seu compêndio, em tal comentário de jurisprudência, matéria para enriquecer sua reflexão, e cada um deve reconhecer quem, sobre uma ou outra questão, é ou pode ser discípulo de Hauriou.

Mas a segunda observação se refere à apreensão mesma deste pensamento: ele é evolutivo, às vezes contraditório, em todo caso, *a priori*, renitente em ater-se a uma doutrina, que seria a de uma Escola claramente identificável. Lembramo-nos, por exemplo, da dialética entre a autoridade pública e o serviço público: dialética no tempo, para saber qual dos dois elementos caracteriza o Direito Administrativo; mas dialética também na estrutura, pois a prioridade dada a um (a autoridade<sup>NT</sup>) só se concebe em uma relação dialética ao outro (o serviço). Em que então se apoiar? Jean Rivero já constatava que, na unidade subjacente do pensamento, preferia seu movimento.<sup>2</sup>

Não podendo retomar aqui todos os temas, todos os autores, todos os escritos, pareceu possível tentar esclarecer apenas algumas pistas: falar sobre os discípulos, interrogar-se sobre a própria Escola, esclarecer as relações entre Hauriou e o Direito Administrativo.

Se nós estivemos reunidos sob a égide da Sociedade Francesa para a Teoria e a Filosofia Políticas e Jurídicas, foi para debater essencialmente a teoria e a filosofia jurídicas de Hauriou. Poderia parecer, então, surpreendente que uma manifestação se atenha ao Direito Administrativo.

É, portanto, à primeira vista, a matéria que Hauriou mais estampou com sua marca (ao ponto de ele ser muitas vezes apresentado como um de seus fundadores<sup>3</sup>), e a quantidade de documentos que ele dedicou ao assunto (as 11 edições do *Compêndio de Direito Administrativo*, os 3 volumes de comentários de jurisprudência) são o testemunho.

Obra de técnico do Direito? Obra de filósofo do Direito?

Vê-se aí uma ambigüidade a considerar: o Direito Administrativo concebido por Hauriou é, para retomar a expressão de Jean Rivero, “um direito sem fronteira, disciplina de síntese que se alimenta de todos os ramos do conhecimento jurídico e não jurídico”.<sup>4</sup>

E se se pretende ater a seguir os discípulos administrativistas de Hauriou, é na intenção de compreender o Direito Administrativo como uma matéria não separada da construção de um sistema jurídico e explicativo global.

Para avaliar se há Escola, se há discípulos – isto é, se há uma vontade por parte dos administrativistas de incorporar uma parte significativa do pensamento de Hauriou - é preciso definir um elemento de coesão e de referência. E parece que o que caracteriza, evidentemente, a atitude daquele fundador, real ou hipotética, não é menos fundada que qualquer outra.

Espera-se que, avançando nesta manifestação, os ensinamentos que uma tal grade desvendará lhe darão uma legitimidade que talvez lhe falte à simples afirmação, mas se pode, aqui, procurar mais adiante, sem correr o risco de tratar uma outra exposição: aquela sobre a noção de Escola.

Esta dificuldade levantada a efeito faz surgir logo outras. Elas podem se concentrar em torno de uma questão de legitimidade/verdade teóricas.

O exercício ao qual lhes convido tende, finalmente, a aproximar teorias ou doutrinas as mais diversas – já que, por definição, a recepção em Direito positivo, notadamente em jurisprudência, é excluída da análise – cujos únicos pontos comuns são, talvez, os de se ligar de uma maneira em que o essencial reste ainda a ser desvendado, no pensamento de Hauriou, e de versar mais ou menos sobre o Direito Administrativo.

Seria preciso comparar estas doutrinas entre si a fim de apreciar seus pontos comuns, o que permitirá falar de “Escola”.

Seria preciso julgar seu grau de parentesco com o pensamento de Hauriou – ou, talvez, os pensamentos, pois o plural justificaria o caráter evolutivo e atento do mesmo – a fim de verificar se há motivo para se falar de discípulos.

Eis uma interpretação a ser feita, medidas a serem efetuadas, de julgamentos a serem tomados...

E isto deve ser feito – em um tempo reduzido – abstando-se, finalmente (ou tentando se abster) de levar em consideração o valor intrínseco destas teorias e doutrinas. A análise que nos retém não se atém sobre o valor das teorias estudadas como tal, mas sobre seu nível de parentesco ou de relação com uma outra teoria, a de Hauriou, da qual há de se convir: sua pertinência permanece em debate.

Ora, os discípulos eventuais de Hauriou não tentaram reproduzir de toda maneira uma verdade revelada: o pensamento de Hauriou. Eles quiseram fazer sua própria reflexão nos termos que julgavam pertinentes, retendo de Hauriou, como de outros autores, o que lhes parecia justo e útil.

Apareceram evidentemente dificuldades desde que nos propomos, como já foi dito, a fazer no campo do Direito Administrativo uma investigação tomando seus fundamentos da filosofia jurídica de Hauriou. Aqui as filiações nem sempre serão reveladas; como as investigações de paternidade nem sempre serão admissíveis; será preciso eventualmente revirar os textos, ligar-se ao que pode parecer uma questão de detalhe (as citações, as referências, etc.).

A revelação destas dificuldades não depende da simples polidez retórica. Quer-se assim informar claramente que não se trata de questão de construções definitivas, nem de julgamentos de valor. A reflexão – em todos os sentidos da palavra - sobre os discípulos administrativistas de Hauriou só parece ter interesse para nos remeter às concepções, sem dúvida diversas, talvez contraditórias, em todos os casos imprecisas, que fazemos de seu pensamento.

Dito isto, resta a detalhar como apreender estas questões, desvendar a grade proposta.

Parece, inicialmente, que só se pode constatar, como um fato objetivo, que uma parte da doutrina se julga bastante consciente das idéias de Hauriou e faz uso de alguns de seus conceitos – como outra parte se declara abertamente hostil.

A análise mostra que estes discípulos se reencontram essencialmente para tentar defender, no campo do Direito Administrativo, conceitos que eles utilizam de maneira diferenciada em suas análises, sem ligá-las sempre ao sistema jurídico global de Hauriou, introduzindo assim uma distorção.

Esta dupla caracterização (discípulos/defensores – discípulos/administrativistas) exige que se procure saber se a abordagem fragmentada (limitada ao Direito Administrativo) da obra de Hauriou permite realmente uma fidelidade à sua atitude, levando a duvidar que possam existir, assim definidos, discípulos administrativistas de Hauriou.

## 2 UM FATO: A EXISTÊNCIA EM DIREITO ADMINISTRATIVO DE UMA ESCOLA DEFENSORA DE HAURIOU

Além dos empréstimos esparsos das análises técnicas propostas por Hauriou, pode-se destacar, a partir dos últimos escritos de Hauriou, e ainda no âmbito da literatura de Direito Administrativo que lhe é posterior, uma corrente relativamente homogênea, embora minoritária, que parece poder constituir uma Escola.

Esta Escola se caracteriza mais pela reação, que pela construção: ela pretende defender a validade dos conceitos propostos por Hauriou, que são constatados pela doutrina administrativa dominante, sem buscar necessariamente resgatar uma abordagem comum a diversos juristas que recorreriam, identicamente, a Hauriou.

O ângulo da defesa, assim caracterizado, constitui o único elemento de homogeneidade que reúne autores detentores, na verdade, de um pensamento que lhes é próprio. Estes fatos e motivações não são sem conseqüências sobre a imagem que foi forjada, depois difundida e retomada, do pensamento de Hauriou.

Que nos coloquemos inicialmente sobre o terreno da defesa quando se aborda Hauriou, não deve causar admiração: as propostas que ele formula, seu sistema, bem como seu vocabulário e seus conceitos provocaram fortes críticas, a ponto de Jean Rivero ver na violência das hostilidades que ele suscitava o último “sinal da sobrevida de Hauriou”.<sup>5</sup>

Podemos, então, acreditar que a amplitude destas críticas serviu de alicerce para uma *Escola Hauriou* no Direito Administrativo.

Dois conceitos chaves do pensamento de Hauriou podem nos dar uma idéia do mecanismo federativo assim proposto.

O primeiro é o da *autoridade pública*.

Hauriou é, para os administrativistas franceses, o fundador de uma Escola, a da autoridade pública, que se oporia a uma outra Escola, a de Bordeaux, a do serviço público. Que Hauriou se tenha oposto à Escola do serviço público é perfeitamente admissível, e basta lê-lo sobre este ponto: ele não é sensível em relação a um Jèze<sup>6</sup> ainda que ele não dirija as mesmas críticas a Duguit.

Portanto, esta oposição é negada, ou mais exatamente, ela é marginalizada por Jèze, que a considera sem influência, qualificando a autoridade pública de velha teoria cujos adeptos tendem a desaparecer um a um. Foi preciso, então, que Hauriou se defendesse.<sup>7</sup> Georges Vedel registra e substitui esta resistência quando, alguns anos mais tarde, ele insiste no fato de “só o decano Hauriou havia mantido fortemente a idéia de autoridade pública”.<sup>8</sup>

Eis uma defesa que decorre da existência do pensamento de Hauriou: face ao imperialismo da Escola de Bordeaux, dizer e lembrar que um outro pensamento se tinha manifestado e que não se lhe pode ignorar.

A Escola da Autoridade Pública insiste em contestar o monopólio da Escola do serviço público mais do que, diríamos, uma adesão dos discípulos a uma teoria positiva da autoridade pública.

Uma segunda ilustração pode ser tirada do conceito de decisão auto-executória.<sup>N<sup>T</sup></sup>

De acordo com Hauriou, trata-se de “toda declaração de vontade para produzir um efeito de direito, em face aos administrados, emitida por uma autoridade administrativa em uma forma executória, isto é, em uma forma que ocasiona a execução de ofício”.<sup>9</sup>

Este conceito-chave do pensamento de Hauriou, que procede de uma declinação dogmático-doutrinal (em Direito Administrativo) de uma Teoria Global do Direito (a Instituição), foi muito criticado, sobretudo por Prosper Weil<sup>10</sup> e Charles Eisenmann.<sup>11</sup>

Esta última crítica feita é a Hauriou seja por ter confundido na terminologia (auto-executória, *execução de ofício*) o caráter *obrigatório* do ato uni-

lateral (normatividade do ato: sua força jurídica) com sua execução (regime do ato), seja por ter generalizado a hipótese extrema da execução forçada no conjunto dos atos unilaterais. Hauriou cometera, então, um erro teórico (a unilateralidade confundida com o executório) ou um erro sobre o direito positivo (privilégio geral de execução forçada reconhecida na administração). No final, e com uma certa ironia, Eisenmann considera que as opiniões de Hauriou são densas e surpreendentes e conclui pela recusa da noção.

Aqui ainda, a análise da doutrina mostra os discípulos de Hauriou que o defendem.

Alguns (Georges Vedel<sup>12</sup>, Jean Rivero<sup>13</sup> etc.) o fazem simplesmente, continuando, apesar destas grandes críticas, a utilizar o termo, e precisando claramente o sentido que lhe dão (e é em geral o sentido de Hauriou: o privilégio da auto-executoriedade, a decisão sendo normativa e devendo ser executada previamente ao recurso ao juízo).

Outros atacam diretamente a crítica de Eisenmann para fazer justiça a Hauriou e tentar restabelecer a boa essência de seu pensamento. Sobretudo Lucien Sfez<sup>14</sup> e Roger Gérard Schwartzberg<sup>15</sup>, que demonstram que a censura acerca da confusão entre a auto-executoriedade e a execução forçada é inaceitável, tendo Hauriou separado claramente em seus estudos as duas questões – o que não seria o caso de autores posteriores como Rolland, que as teriam confundido com o termo de *executória*, obscurecendo ainda mais, contrariamente, o pensamento de Hauriou.

Assim, uma unidade se faz em torno de Hauriou. Identificam-se ataques violentos e mal fundados contra seu pensamento e une-se uma parte da doutrina administrativista em sua defesa: surge, então, uma Escola.

O vocabulário utilizado, na proporção dos ataques sofridos, permite, sem dúvida, pôr em evidência esta modalidade constitutiva de uma Escola, composta de certos autores. O próprio Hauriou, respondendo a Jèze, escrevia: “a defesa é fácil, sobretudo se passamos ao contra-ataque”.<sup>16</sup> Lucien Sfez, referindo-se à decisão auto-executória, fala da “hostilidade de Charles Eisenmann”<sup>17</sup> e Roger Gérard Schwartzberg, sobre o mesmo tema, evoca os “censores de Hauriou”<sup>18</sup>, constatando que há “erro de alvo” e “balas perdidas”.<sup>19</sup>

Se Hauriou foi assim o primeiro a se defender, não nos parece, entretanto, que seus “discípulos” procedam sempre a uma defesa do mesmo tipo.

Hauriou fala claramente em seu prefácio da 11ª edição do *Compêndio de Direito Administrativo (Autoridade Pública e Serviço Público)*<sup>20</sup> de “contra-ataque”. Diante da exposição das teses “jezianas”, ele responde por uma perspectiva dialética de seu pensamento. Lá onde Jèze anuncia o lado exclusivo do serviço público e critica a análise da autoridade pública, Hauriou retoma os dois termos para definir a relação dialética que se institui entre eles e que obriga a ver um primeiro termo (a autoridade pública) e um se-

gundo termo (o serviço público). E ele se ocupa em precisar porque a autoridade deve prevalecer (pois o que é próprio do Direito são os meios), e porque o serviço público, embora em segundo lugar, deve ser levado em consideração de modo essencial (auto-limitação objetiva do poder). A defesa aqui é construtiva do pensamento do autor no sentido de que ela recusa uma mera síntese, mesmo se simultaneamente ela a simplifique, associando, pelo menos na aparência, a autoridade pública aos simples meios.

Encontraríamos antes deste célebre exemplo outros textos de Hauriou nos quais, face às críticas que lhe são dirigidas – ou que ele dirige a si mesmo —, ele reformula seus pensamentos, abandona elementos que não lhe satisfazem mais, revê suas articulações... O método não é novo, e quando muito se pode dizer que, em 1927, no referido prefácio, Hauriou se defende talvez mais do que antes, que os ataques se tornaram mais intensos ou que seu pensamento tenha atingido o equilíbrio que ele procurava.

Mas seus discípulos nem sempre podem praticar esta defesa construtiva, salvo para adotar completamente e reproduzir o conjunto do pensamento de Hauriou. E porque eles têm sua própria temática, a defesa que eles fazem dos conceitos de Hauriou só pode ser uma defesa imóvel e imobilizante, o que não ocorre sem alguns inconvenientes.

Quando nos defendemos não somos totalmente senhores do discurso. E é com razão que Hauriou, em 1927, falava de contra-ataque: para não se deixar envolver pelos adeptos da Escola do Serviço Público em uma alternativa *serviço público* contra *autoridade pública*, fim contra meio, mas para deslocar o debate sobre o campo da relação entre os dois elementos, tão indispensáveis um quanto o outro, mas em uma necessária subordinação intelectual.

Os defensores administrativistas de Hauriou não fizeram, creio eu, tal tentativa e foram obrigados a intervir, conscientemente ou não, sobre um terreno e com relação a temáticas que eles não tinham escolhido.

E se, sobre a questão da autoridade pública, finalmente, Hauriou próprio se tinha defendido e tinha precisado seu pensamento com relação às teorias a ele anteriores ou contemporâneas, oferecendo uma referência às análises futuras, o mesmo não aconteceu quanto à decisão auto-executória. Portanto, é sobre esta questão que ele foi claramente atacado após sua morte, sobretudo como foi dito por Charles Eisenmann, em referência a uma análise do Direito, o Normativismo, sobre a qual aparentemente Hauriou não tinha efetivamente entendido.<sup>21</sup>

Os que defenderam Hauriou desta oposição doutrinária tiveram de fazê-lo sobre o terreno balizado por Charles Eisenmann, segundo os ataques e os argumentos que este tinha adiantado, sem se referir a uma argumentação não desenvolvida por Hauriou sobre estas críticas.

Gostaria de ilustrar, para depois me deter sobre as conseqüências que delas resultam.

Eisenmann havia contestado que se possa falar de *auto-executoriedade* de maneira geral para os atos normativos. Segundo ele, o recurso a uma tal terminologia procederia de uma análise que ligaria a sanção a qualquer decisão, e desprezaria uma distinção fundamental entre os atos imperativos e os atos permissivos.

Lucien Sfez se opõe à crítica de Eisenmann e pretende defender Hauriou.<sup>22</sup> Ele afirma que, para Hauriou, a decisão auto-executória não seria confundida com o ato unilateral: existiriam atos unilaterais permissivos e atos unilaterais imperativos (somente estes últimos constituindo a categoria da decisão auto-executória).

Esta afirmação de Lucien Sfez contém dois elementos :

a - a decisão auto-executória não é confundida com o ato unilateral. Lucien Sfez tira este argumento mais dos escritos dos discípulos de Hauriou (que esclarecem seu pensamento) que daqueles de Hauriou. Ele se baseia nas distinções propostas por Jean Rivero e Georges Vedel segundo os quais a decisão auto-executória é uma categoria de atos unilaterais que se opõem aos atos unilaterais não normativos.

b - a decisão auto-executória seria o ato unilateral imperativo. Ora, isto procede de uma confusão entre *normativo e imperativo*: um ato normativo pode ser imperativo ou permissivo. Um ato não normativo não pode sê-lo. Imperatividade e permissividade são duas características que se ligam à noção de obrigatório. Se, em Hauriou, como em Georges Vedel e em Jean Rivero, *decisão auto-executória* significa *decisão obrigatória* ou normativa, a decisão auto-executória é tanto a decisão imperativa quanto a normativa.

Lucien Sfez defende claramente Hauriou no terreno balizado por Eisenmann: ele não o defende com os argumentos de Hauriou, mas com os argumentos do próprio Eisenmann. Melhor dizendo, ele defende um Hauriou como Eisenmann o imagina. Este, criticando de maneira não muito clara, duas coisas totalmente diferentes e contraditórias a Hauriou (*auto-executório* = execução forçada; *executório* = obrigatória), mostra assim um Hauriou que misturaria estes dois sentidos e que se não reteve pura e simplesmente ao sentido de execução forçada atrás da auto-executória. Ele teria pelo menos reservado o sentido de auto-executória para atos normativos sancionados (submetidos à obrigação de execução).

É uma leitura criticável àquela que faz Eisenmann: um ato permissivo é obrigatório porque ele é normativo, isto é, simplesmente porque ele modifica o direito (criando direitos como se criam obrigações) e porque se deve respeitar a modificação intervinda; e não porque haveria uma sanção particular.

Tomada na lógica do ataque eisenmaniano, a defesa de Sfez se afasta consideravelmente do pensamento de Hauriou: ela tende mais a validar a leitura de seu contraditor.

Ora, por tabela, e esta não é a menor das conseqüências, esta defesa da decisão auto-executória feita por Sfez comporta os pressupostos que Eisenmann descobre e critica em Hauriou. Lucien Sfez tem consciência disto quando ele indica que Charles Eisenmann “quis considerar *a priori* que a imagem que Hauriou se fazia da administração era uma imagem de administração como autoridade pública, e somente poder público, imperativo e susceptível de reprovação”.<sup>23</sup>

A autoridade pública ocupa seguramente um lugar central em Hauriou, menos, sem dúvida, e se retornará ao assunto, do que em alguns de seus discípulos. Menos, igualmente, do que pretende Eisenmann. Porque a autoridade pública não está sozinha.

Para se defender contra a Escola do Serviço Público – mas podia ele agir de outro modo? - Hauriou correu o risco de ver seu pensamento contido na idéia de *autoridade pública*, e suas análises reconduzidas a este *único* conceito. A ponto de seus discípulos (Jean Rivero<sup>24</sup>, Paul Couzinet<sup>25</sup> etc.) lembrarem, periodicamente, que a idéia de serviço público está longe de lhe ser estranha e que ele foi possivelmente seu “inventor”.

Portanto, Eisenmann, como a maior parte da doutrina e mesmo alguns discípulos de Hauriou (Georges Vedel, notadamente), têm a convicção de que o que caracteriza Hauriou é, unicamente, a autoridade pública.

Jean Rivero, a quem esta crítica pode ser dirigida, o afirma como “doutor oficial da autoridade pública”.<sup>26</sup> E, quando Eisenmann compara o sistema das *bases constitucionais* de Georges Vedel ao pensamento de Hauriou, ele escreve que este último pensava que, comparado ao serviço público, “a autoridade pública era *a* noção verdadeiramente fundamental das duas”: contra-senso ou redução que se explica pela posição adotada de uma análise simplesmente administrativista. Mas a referida posição que imobiliza o pensamento de Hauriou em torno da figura que seus contraditores desenharam desliza e reconstrói o pensamento de Hauriou sobre bases que não são mais exatamente as suas.

E é claro que este deslize tende a desvalorizar este pensamento, simplificando-o e caricaturando-o.

Aí ainda o vocabulário é revelador. É um “lugar comum”, doravante, dizer que Hauriou empregava uma terminologia confusa e que não se precisa fazer muita censura a seus contraditores por não tê-lo compreendido. E são seus discípulos, isto é, aqueles que o defenderam, os primeiros a dizer. Lucien Sfez fala do desdenho de Hauriou pelo rigor na escolha das palavras.<sup>27</sup> Roger Gérard Schwartzenberg coloca a virtude da etimologia e do rigor da língua do lado de Charles Eisenmann, lamentando “desvios de linguagem de Hauriou”.<sup>28</sup>

Não direi para contradizê-los que Hauriou era um lingüista perfeitamente rigoroso.

Mas a escolha que ele tinha das palavras não era, como veremos, totalmente aleatória.

E creio que ceder diante da terminologia “eisenmaniana” significa, implicitamente, ceder diante de sua análise, isto é, a não mais defender o pensamento de Hauriou, mas a tentar simplesmente desculpar seus eventuais erros diante de um normativismo “eisenmaniano” triunfante, que fixa os termos do debate.

Pierre Delvolvé recomenda, assim, a fim de suplantar a ambigüidade sobre a noção de *auto-executoriedade*, de renunciar em recorrer à expressão *decisão auto-executória*, preferindo-a àquela *de ato unilateral*.<sup>29</sup> Roger Gérard Schwartzberg parece querer, com Charles Eisenmann, reservar o emprego do conceito *auto-executória* no caso de execução forçada.<sup>30</sup> De maneira geral, percebe-se que os termos *auto-executória*<sup>31</sup> e, sobretudo, *execução de ofício* são tomados e utilizados mais pela doutrina<sup>32</sup> nos sentidos propostos por Eisenmann que naqueles dados pelos discípulos de Hauriou.

Dizer que, de maneira absoluta, o debate Eisenmann-Hauriou sobre a questão do ato administrativo possa se resolver em se dando vantagem ao primeiro – contanto que haja realmente lugar para debate — eis uma coisa possível, ainda que Eisenmann nunca a tenha colocado nos termos de Hauriou, sem proceder antes a uma reconstrução do discurso sobre a decisão auto-executória.

Mas não defender o vocabulário de Hauriou significa, pura e simplesmente, não defender seu pensamento, pois finalmente, o conceito proposto por Hauriou é, pelo fato desta reconstrução e deste posicionamento com relação à leitura de Eisenmann, totalmente esvaziado de sua substância.

Hauriou está assim condenado, inclusive por alguns de seus discípulos, sem que seu pensamento seja justificado e realmente confrontado à crítica eisenmaniana. A este respeito, a escolha teórica que fizeram, por exemplo, Georges Vedel e Jean Rivero, de continuar a falar de decisão auto-executória, sem dever necessariamente se justificar, senão por uma explicação do sentido e por um uso lógico e rigoroso com relação a uma análise global, em todo caso, sem se referir à “falsa disputa”<sup>33</sup> de Eisenmann, constitui a melhor resposta.

Tais debates persistem, tendo sido forjada por seus detratores e acolhida por alguns de seus discípulos a imagem de um Hauriou pouco rigoroso, que teria confundido em palavrórios confusos a natureza e o regime do ato.

A defesa mostra que o erro seria só semântico e não conceitual: mas só podemos desculpá-lo reconhecendo que houve erro. Não se restabelece seu pensamento, que o exoneraria do erro, estabelecendo as conexões que desvendariam sua lógica.

Hauriou é então fechado, imobilizado, sobre um terreno de onde seus discípulos não procuram verdadeiramente libertá-lo e que não é o seu, mas o de seus contraditores.

Este terreno é aquele da dogmática do Direito Administrativo. E é então a possibilidade de permanecer fiel a Hauriou sobre o único terreno do Direito Administrativo que está em questão.

### 3 UMA INTERROGAÇÃO: PODE-SE SER DISCÍPULO “ADMINISTRATIVISTA” DE HAURIUO?

A interrogação que surge é a seguinte: é possível considerar que se possa ser fiel ao modo de pensar de Hauriou em um grau suficientemente elevado para desencadear a qualificação de discípulo, permitindo isolar uma Escola fundada por Hauriou? A resposta parece positiva desde que a filiação se faça sobre o único terreno dogmático-doutrinário do Direito Administrativo, e que o pensamento farto de Hauriou:

*a* – de um lado, se manifesta pelo menos nos campos da Filosofia do Direito, da Teoria do Direito, da Sociologia do Direito.

*b* – por outro lado, é totalmente fundado na idéia de conexão entre diversas abordagens e nunca separa a técnica do Direito Administrativo de outras considerações e, sobretudo, da Teoria da Instituição.

Dito de forma diferente, a atitude dogmático-doutrinária de Hauriou defendida pelos administrativistas - e à qual eles se ligam - é isolável no âmbito do pensamento de nosso autor: ela existe em seus escritos como corpo separado, beneficiando de sua própria lógica e se bastando a ela mesma? Ou é ela uma reconstrução do pensamento de Hauriou, fruto de uma ruptura artificial, objeto de um reducionismo?

A resposta só pode ser atenuada.

Caso se tratasse de excluir pura e completamente a dogmática jurídica herdada por Hauriou em benefício da única abordagem institucional, a interrogação levaria evidentemente a um contra-senso. Muitas considerações de Direito Administrativo de Hauriou permanecem válidas e podem ser compreendidas sem referência sujeita ao sistema de análise que as inspira. Daí vem a continuidade da influência do comentarista. E o próprio Charles Eisenmann afirmava, desde 1930, que os aspectos técnicos da obra de Hauriou — como de Duguit — permaneceriam “a contribuição mais duradoura e mais preciosa no progresso das ciências jurídicas”.<sup>34</sup>

Mas desde que a evidência das abordagens dogmática e teórica permite esclarecer conceitos que a primeira utiliza (a análise do Direito Administrativo) por construções que a segunda propõe (a Teoria da Instituição), não há necessidade de forçar a leitura para efetuar esta relação já que o próprio Hauriou transcende esta separação. Pode-se, a partir daí, senão constatar *a priori* àqueles que negligenciam nestas conexões a qualidade de discípulo de Hauriou, pelo menos questionar esta qualidade.

Devo esclarecer mais do que aqui se trata: é certo que os discípulos de Hauriou só raramente se atêm ao Direito Administrativo *stricto sensu*, e se preocupam muito com outras disciplinas jurídicas (Direito Constitucional, liberdades públicas, etc.). Poder-se-ia pensar, então, que este Direito Administrativo sem fronteira, como o concebia Hauriou, finalmente, é o Direito Público no sentido amplo e mesmo mais simplesmente o Direito. Pode-se, ainda, dizer que os discípulos administrativistas de Hauriou procedem, como ele, de uma visão ampla do Direito Administrativo.

Entretanto, não se deve parar neste alargamento sem levar mais longe a investigação.

Por quê? Porque o que caracteriza a abordagem de Hauriou não é somente a totalidade de uma abordagem jurídica que transcende as fronteiras das disciplinas técnicas: é também a conexão que ele estabelece entre o Direito e o que se considera geralmente como não sendo do âmbito do Direito - a conexão entre uma teoria que leva em consideração a Sociologia e outros dados não jurídicos, e o direito: a conexão entre a Teoria da Instituição e o Direito Administrativo.

Saber se esta conexão depende da Ciência do Direito ou, ao contrário, se exclui uma tal abordagem - porque ela faz intervir o *metajurídico* -, é um debate que não depende do propósito desta intervenção. Constatar, entretanto, que Hauriou procede a esta conexão é uma evidência elementar.

Desde então, quando dizemos que os discípulos administrativistas procedem a uma redução de Hauriou, é na medida em que eles reivindicam a herança puramente jurídica sem reivindicar, ao mesmo tempo, os elementos da teoria institucional a ela conectados e que o explicam.

A primeira providência consiste em mostrar que não se trata de conexão nos pensamentos dos discípulos administrativistas de Hauriou. São muitas as provas. Contentar-se-á, por uma questão puramente material, de tempo e de lugar, com exemplos e indícios.

As referências bibliográficas são, muitas vezes, esclarecedoras.

E constatamos que a Teoria da Instituição, sob suas diversas formas, está geralmente ausente. Quando ela está presente é apenas como citação da definição de 1925<sup>35</sup>, sendo ignorado o texto de 1906 sobre o direito estatutário.<sup>36</sup> O mesmo acontece com outras obras chaves, sobretudo em *Princípios de direito público*, cuja primeira edição<sup>37</sup> é pouco consultada enquanto que ela contém passagens fundamentais para a compreensão da idéia institucional.

A obra de referência para os administrativistas permanece — além da compilação dos comentários de jurisprudência — o *Compêndio de direito administrativo*, sobretudo em sua décima-primeira<sup>38</sup> ou décima-segunda edição (revista por André Hauriou), supostamente apresentadora dos “termos”<sup>39</sup> do pensamento de Hauriou.

Eis os indícios: Georges Vedel, em seus escritos sobre as bases constitucionais, Lucien Sfez e Roger Gérard Schwartzberg, sobre a decisão auto-executória, não se referem nunca aos escritos diretamente dedicados à instituição.

Quanto aos exemplos, é preciso procurá-los diretamente nos discursos. E aí, nas demonstrações, nos argumentos em defesa contra aqueles que atacam Hauriou, nas construções que ele inspira – sobretudo na Teoria das Bases Constitucionais do Direito Administrativo – a existência ou a influência da Teoria da Instituição não é levada em consideração, materialmente, nem evocada formalmente. Ainda aí, a advertência de Lucien Sfez é esclarecedora: “o Direito Administrativo nos interessa somente aqui”<sup>40</sup>; tudo procede de uma crença que os escritos de Direito Administrativo de Hauriou se bastam por si mesmos.

Isto não depende do acaso, mas reflete perfeitamente a ruptura que os administrativistas introduziram no pensamento de Hauriou.

O fato de não levar em consideração a conexão feita por Hauriou não constitui um elemento de validade ou de invalidade objetiva dos argumentos apresentados — pelo menos quando elas não pretendam reproduzir o pensamento de Hauriou —, que devem ser julgados e defendidos por eles mesmos, é um fato evidente. Mas desde que se tende a medir a distância que existe entre Hauriou e seus discípulos, esta ruptura é essencial.

Pois a segunda diligência obriga a lembrar que Hauriou procedia a esta conexão.

Ainda aí, pode-se voltar aos dois primeiros exemplos que já utilizamos: a autoridade pública e a decisão auto-executória.

A decisão auto-executória é um termo onipresente na Teoria da Instituição, e isto é o ponto de partida. É, pois, um tema central.

Não é o caso aqui de se levar em consideração toda sua construção institucional, mas gostaríamos de insistir sobre vários pontos.

Hauriou parte de uma separação que ele propõe entre o ato e o fato jurídico; ele introduz a dimensão temporal, a qual sabemos que é essencial para sua apreensão da instituição, e distingue assim o *fato* (o que aconteceu) do *ato* (o que ainda não aconteceu, o que está em ato).<sup>41</sup>

Ele prossegue acerca da decisão auto-executória: “em Direito Administrativo, a manifestação de vontade deve ser auto-executória [...] O ato jurídico é a decisão auto-executória [...] Isto significa que a decisão vai começar a se auto-executar, que ela tem tudo o que é necessário para se auto-executar (ela se opõe aos projetos preparatórios) [...] Isto significa também que ela ainda não é executada, que ela cessa de ser auto-executória quando ela é executada”.<sup>42</sup>

A noção de auto-executoriedade não remete, pois, à execução, mas ao privilégio da auto-executoriedade declinado em sua duração: a decisão obrigatória que ainda não foi executada.

Hauriou integra, em seguida, esta noção em sua concepção da separação dos poderes. Sabe-se que ele distingue os poderes em uma linha temporal.

a – um poder executivo que tem a competência intuitiva da idéia de obra e que começa sua realização pela decisão auto-executória.

b – o poder deliberante que tem a competência discursiva da deliberação.

c – o poder de sufrágio que tem a competência do assentimento.

Em um sistema onde a idéia coesiva é central, onde a representação é a da idéia de obra e onde o poder se organiza para servir esta idéia, a decisão auto-executória é claramente isolada por Hauriou ao lado do Poder Executivo, ligada à realização da idéia. Ela une não a Administração a um terceiro, mas o grupo a seus membros, dando lugar a uma forma de consentimento que a unilateralidade não pode alcançar.

Quando Hauriou fala de decisão auto-executória em Direito Administrativo, nem sempre ele lembra esta construção, mas ele a declina do Direito Positivo, onde a decisão auto-executória (procedimento exorbitante que a administração retira da autoridade pública) é o ato administrativo por excelência, meio a serviço do fim (o serviço público).

Pode-se contestar a construção de Hauriou. É até desejável que ela seja debatida. Mas se recusar a perceber sua coerência não é fazer justiça a Hauriou. A este respeito, os discípulos de Hauriou o defendem mal e Eisenmann conseguiu “o hold-up perfeito” impondo sua leitura, sua censura:

a – *Primeiro tempo* : A Teoria da Instituição é voltada para um elemento de doutrina social que não é “característica do pensamento propriamente jurídico de Hauriou”.<sup>43</sup> É a lógica positivista de Eisenmann; não a de Hauriou. Mas uma ruptura é posta, a que separa o social do jurídico. E esta ruptura não serve para invalidar totalmente Hauriou (para pôr em causa *seu* pensamento global sobre o direito), mas para fazer a repartição entre seus escritos juridicamente discutíveis e discutidos, e suas teorias *metajurídicas*, rejeitadas fora do debate de Direito. Aliás, Eisenmann acrescenta, para ser totalmente claro: “esta filosofia geral, uma vez posta, Hauriou não a utiliza mais para a explicação de nenhuma regra concreta”<sup>44</sup> e conclui que “é indispensável excluir do estudo da solução dos problemas da teoria jurídica, toda doutrina política ou social”.<sup>45</sup>

b – *Segundo tempo*: estuda-se, agora, o pensamento propriamente jurídico – entendamos bem: a dogmática de Direito Administrativo, aquela que se encontra nos escritos dedicados ao Direito Administrativo e que versa sobre as únicas questões de Direito Administrativo – com relação a si mesma, logo sem esclarecê-la pela Teoria da Instituição. Estes escritos são, en-

tão, amplamente inexplicáveis, pouco claros, pois parciais (de fato) e incoerentes (segundo Eisenmann). Podemos salientar os erros, lamentar o vocabulário; e os discípulos de Hauriou em reconhecer o rigor “eisenmaniano” e desvalorizar aquele que eles defendem.

Que Eisenmann tome estas providências, isto deve ser denunciado para colocar o debate sobre o que é o Direito. Mas que os discípulos de Hauriou façam o mesmo enquanto que ele deveria defender a integridade do pensamento de Hauriou é mais problemático e levanta questões, mostrando especialmente a impossibilidade de ser discípulo administrativista de Hauriou (isto é, de ater-se ao campo do Direito Administrativo ao qual Eisenmann atribui espaço a Hauriou).

Uma análise comparável poderia ser feita sobre a autoridade pública, e particularmente sobre o uso que dele faz Georges Vedel.

A idéia de autoridade pública é toda ela ligada à Teoria da Instituição, onde ela representa o elemento dinâmico, a autoridade que anima a instituição, e que se organiza para a realização da idéia.

Ora, quando se reteve de Hauriou a noção de autoridade, parece que o vínculo dialético entre autoridade e serviço público, entre a autoridade e a idéia, tem sido esquecido, pelo menos de vez em quando. E que se tenha reduzido a autoridade pública aos procedimentos da autoridade pública.

É ainda verdade para os adversários de Hauriou (Escola do Serviço Público, etc.). Mas isto o é igualmente para alguns de seus discípulos, entre os quais Georges Vedel.

A demonstração deveria ser realizada longa e minuciosamente. Aqui, entretanto, só é possível dizer algumas rápidas palavras.

Construindo apenas em torno da noção de *Poder Executivo* (no sentido sintético: manutenção da ordem jurídica, funcionamento dos serviços públicos, etc.) as bases constitucionais do Direito Administrativo, o decano Vedel se afasta consideravelmente, creio eu, de Hauriou. Com efeito, ele indica que “a Administração é o exercício da autoridade pública pelo Poder Executivo”. Mais precisamente: “a autoridade pública é a detenção de competências exorbitantes do direito comum”, “o corolário do Poder Executivo”, ou, ainda, “um regime jurídico caracterizado, ao mesmo tempo, pelas prerrogativas e pelas sujeições exorbitantes do direito comum reconhecidas ou impostas àqueles que agem no exercício da soberania nacional”.<sup>46</sup>

Charles Eisenmann tinha, com muita precisão, constatado que havia sido posta adiante uma lógica remetendo na realidade a Jèze: a lógica dos procedimentos de Direito Público.<sup>47</sup>

Dois outros elementos, pelo menos, devem ser antecipados para situar a utilização por Georges Vedel da autoridade pública:

*a* – o principal é que a *autoridade pública* em Hauriou, *não é somente o Poder Executivo*, mas, sim, o Poder no Estado: a autoridade é uma dominação a serviço da idéia, é verdade, que constitui sua auto-limitação objetiva: um poder que se organiza, que se disciplina, que se equilibra com obstáculos jurídicos para fazer durar a instituição e, logo, que é limitado pela idéia de obra...

Mas é, mesmo assim, a problemática do poder nas instituições e da sua juridicidade que está em jogo, não somente a do Poder Executivo.

E é uma relação da Administração com o Poder e a Instituição que é construída em torno da competência intuitiva (a insistência sobre o poder minoritário) e da decisão executória. É ainda uma visão do coletivo que se incarna: como ele se funda? Como ele dura? Qual é o lugar da dominação e do consentimento?

E em Direito Administrativo como já mostrou Paul Couzinet<sup>48</sup>, isto remete a uma abordagem “voluntarista e orgânica”: a um órgão que age *a título de autoridade pública*, na dinâmica do poder institucional — e notemos a este respeito que pouco importa que o órgão, seja público ou privado: o que importa é sua relação com o poder de Estado e com a idéia de obra, com o vitalismo institucional.

*b* – Desde então, o segundo elemento é evidente: *a autoridade pública não pode ser reduzida aos procedimentos exorbitantes do direito comum* (estes famosos procedimentos de Direito Público: o exercício da autoridade pública pelo Poder Executivo) ou confundido com eles. É um poder de vontade, o elemento político da instituição e não os simples procedimentos jurídicos, que são estáticos, pois só podem constituir limites.

É claro que a ênfase dada sobre os meios em 1927 pelo próprio Hauriou (para se defender, lembremos, contra o imperialismo do fim que levaria à análise de Jèze) gerou, sem dúvida, uma confusão e abriu a porta a este reducionismo.<sup>49</sup>

O texto se abria com estas frases: “Autoridade pública e serviço público são duas noções mestras do Direito Administrativo francês. O serviço público é a obra a ser realizada pela administração pública, a autoridade pública, o meio de realização”. E, mais adiante: “a idéia de serviço leva à autolimitação objetiva da autoridade”.

Mas acontece que este reducionismo — que faz do poder um meio, um simples regime jurídico — amplamente difundido, não mostra o essencial: que os meios exorbitantes do direito comum, a Administração os herda desta autoridade pública e que eles não são confundidos com ela; que a autoridade é uma força de ação, não de reação.

No geral, se existe uma influência de Hauriou em Direito Administrativo, se há discípulos, vê-se que é difícil falar de uma Escola, no sentido de reagrupamento de administrativistas dividindo uma doutrina que seja inicialmente fiel a Hauriou, e que lhes seja comum.

O essencial do que caracteriza o pensamento de Hauriou não é redutível ao Direito Administrativo: é em tese um método de análise, e uma Escola “Hauriou” só poderia ser uma Escola Institucionalista; seria então, necessariamente, não uma Escola Administrativista, mas uma Escola de Teoria do Direito e do Estado.

Esta aplicaria, certamente, em Direito Administrativo, uma reflexão institucionalista: de um certo modo, é o que soube fazer e fazer compreender aqueles que trabalham com ele, Jean-Arnaud Mazères.

Poderíamos falar de discípulos, de Escola? Não cabe a mim dizê-lo. Mas a ruptura com Hauriou poderia ser menos importante por outras razões, é claro, que aquela que acabamos de encontrar entre Hauriou e seus discípulos administrativistas.

Isto é grave? É importante?

Sem dúvida: não. E a força de um pensamento como o de Hauriou, que garante sua posteridade como já o notaram todos aqueles que se debruçaram sobre ela, de modo especial Jean Rivero<sup>50</sup>, é de estimular a reflexão, não de impor enquadramentos.

Tanto em Direito Administrativo como em outros casos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTHÉLÉMY. Discours à l'occasion de l'inauguration du monument élevé à Hauriou par la faculté de droit de Toulouse. *Plaquette Sirey*, Paris, 22 avr. 1931.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001, n. 557.

COUZINET, Paul. Maurice Hauriou et le droit administratif. *Ann. Toulouse* 1968, p. 157 et seq.

DE LAUBADERE; VENEZIA; GAUDEMET. *Traité de droit administratif*. T. 1. Paris: LGDJ, 1999, n. 977.

DELVOLVE, Pierre. *Lacte administratif*. Paris, Répertoire Dalloz (Dictionnaire permanente).

EISENMANN, Charles. *Cours de doctorat*. T. II. Paris: LGDJ, 1982, p. 743 e seq.

\_\_\_\_\_. Deux théoriciens du droit: Hauriou et Duguit. *Revue philosophique*, 1930, p. 278.

HAURIOU, Maurice. L'institution et le droit statutaire. *Cahier de législation*, 1906, p. 134 et seq.

\_\_\_\_\_. La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social. In: Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté. *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n. 23, 1925 (reimprimé. Université de Caen, 1990).

\_\_\_\_\_. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1927 (Préface).

\_\_\_\_\_. *Principes de droit public*. Paris: Sirey, 1910.

RIVERO Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1983, p. 243.

\_\_\_\_\_. Existe-t-il un critère du droit administratif? *RDP*, Paris, 1953, p. 285.

\_\_\_\_\_. Hauriou et l'avènement de la notion de service public Hauriou. In: *Mélanges Mestre*. Paris, Sirey, 1956.

\_\_\_\_\_. Maurice Hauriou et le droit administratif. *Ann Toulouse*, 1968, p. 140 et seq.

SCHWARTZENBERG, Roger Gérard. *L'autorité de chose décidée*. Paris: LGDJ, 1969, p. 104 et seq.

SFEZ, Lucien. *Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1966, p. 333-478.

VEDEL, Georges. *Les bases constitutionnelles du droit administratif*. Paris: EDCE, 1954, p. 21 e seq.

\_\_\_\_\_. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1992, p. 243 et seq.

WEIL, Prosper. Note sous arrêt. *AJDA*, 1956, p. 267.

---

<sup>1</sup> SFEZ, Lucien. *Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1966, p. 333-478.

<sup>NT</sup> No Brasil não se pode dar uma tradução literal da expressão “puissance publique” com o mesmo sentido dado pelo Direito Francês. De fato, a expressão francesa se situa entre os conceitos de prerrogativas públicas, de poder público e de autoridade pública. Para efeitos de adaptação semântica, traduziu-se neste texto a referida expressão como equivalente à autoridade pública.

<sup>2</sup> RIVERO, Jean. Maurice Hauriou et le droit administratif. *Ann Toulouse*, 1968, p. 140 et seq.

<sup>3</sup> BERTHÉLÉMY. Discours à l'occasion de l'inauguration du monument élevé à Hauriou par la faculté de droit de Toulouse. *Plaquette Sirey*, Paris, 22 avr. 1931.

<sup>4</sup> RIVERO, Jean. *Maurice Hauriou et le droit administratif*, op. cit., p. 146.

<sup>5</sup> RIVERO, loc. cit.

<sup>6</sup> HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1927 (Préface).

<sup>7</sup> HAURIOU, loc. cit.

<sup>8</sup> VEDEL, Georges. *Les bases constitutionnelles du droit administratif*. Paris: EDCE, 1954, p. 21 et seq.

<sup>NT</sup> Para fins de adaptação semântica, a expressão que se traduziria literalmente como “decisão executória”, tornou-se “decisão auto-executória”, tendo em vista a ambiguidade daquela não designar, no idioma português, a decisão que dispõe do atributo da auto-executoriedade (atributo de algo cuja execução independe de recurso ao Poder Judiciário). Se mantivéssemos a tradução literal, correríamos o risco de confusão com as decisões, judiciais ou não, susceptíveis de serem executadas perante um juízo.

- <sup>9</sup> HAURIOU, 1927, *op. cit.*, p. 356.
- <sup>10</sup> WEIL, Prosper. Note sous arrêt. *AJDA*, 1956, p. 267.
- <sup>11</sup> EISENMANN, Charles. *Cours de doctorat*. T. II . Paris: LGDJ, 1982, p. 743 *et seq.*
- <sup>12</sup> VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1992, p. 243 *et seq.*
- <sup>13</sup> RIVERO Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1983, p. 243.
- <sup>14</sup> SFEZ, *op. cit.*, p. 406-428, *passim*.
- <sup>15</sup> SCHWARTZENBERG, Roger Gérard. *L'autorité de chose décidée*. Paris: LGDJ, 1969, p. 104 *et seq.*
- <sup>16</sup> HAURIOU. *Précis...*, *op. cit.*, préface.
- <sup>17</sup> EISENMANN, *op. cit.*, p. 410.
- <sup>18</sup> HAURIOU, 1927, *op. cit.*, p. 110.
- <sup>19</sup> *Ibid.*, p. 113.
- <sup>20</sup> HAURIOU, 1927, préface.
- <sup>21</sup> V., por exemplo, as páginas que ele dedica a Kelsen no seu *Compêndio de Direito Constitucional*, publicado em 1929 (Paris: Sirey).
- <sup>22</sup> SFEZ, *loc. cit.*
- <sup>23</sup> SFEZ, *op. cit.*, p. 415.
- <sup>24</sup> RIVERO, Jean. Hauriou et l'avènement de la notion de service public Hauriou. In: *Mélanges Mestre*. Paris, Sirey, 1956.
- <sup>25</sup> COUZINET, Paul. Maurice Hauriou et le droit administratif. *Ann. Toulouse* 1968, p. 157 *et seq.*
- <sup>26</sup> RIVERO, 1956, *loc. cit.*
- <sup>27</sup> SFEZ, *op. cit.*, p. 428-429.
- <sup>28</sup> SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, p. 110.
- <sup>29</sup> DELVOLLE, Pierre. *Lacte administratif*. Paris, Répertoire Dalloz (Dicionário permanente).
- <sup>30</sup> SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, p. 110.
- <sup>31</sup> V. notadamente CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001, n.557.
- <sup>32</sup> Pode-se dizer assim que a ação de ofício é a execução forçada (DE LAUBADERE; VENEZIA; GAUDEMET. *Traité de droit administratif*. T. 1. Paris: LGDJ, 1999, n. 977).
- <sup>33</sup> A expressão é de SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, p. 106.
- <sup>34</sup> EISENMANN, Charles. Deux théoriciens du droit : Hauriou et Duguit. *Revue philosophique*, 1930, p. 278.
- <sup>35</sup> HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social. In: *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*. *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n. 23, 1925 (reimpresso. Université de Caen, 1990).
- <sup>36</sup> HAURIOU, Maurice. L'institution et le droit statutaire. *Cahier de législation*, 1906, p. 134 *et seq.*
- <sup>37</sup> HAURIOU, Maurice. *Principes de droit public*. Paris: Sirey, 1910.
- <sup>38</sup> HAURIOU. 1927, *loc. cit.*
- <sup>39</sup> RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif ? *RDP*, Paris, 1953, p. 285.

<sup>40</sup> SFEZ, *op. cit.*

<sup>41</sup> HAURIUO, 1906, *op. cit.*, p. 142.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>43</sup> EISENMANN, *op. cit.*, p. 256, note 1.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 278.

<sup>46</sup> VEDEL, *op. cit.*, p. 36.

<sup>47</sup> EISENMANN, Charles. La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif. *RDP*, Paris, 1972, p. 1345 *et seq.*

<sup>48</sup> COUZINET, *op. cit.*

<sup>49</sup> COUZINET, *loc. cit.*

<sup>50</sup> RIVERO, *op. cit.*

## MAURICE HAURIUO'S ADMINISTRATIVE LAW DISCIPLES

### ABSTRACT

This is an article about the Maurice Hauriou's contribution to Administrative Law and also about a part of the doctrine that we could suppose as his disciples.

**KEYWORDS:** Maurice Hauriou. Contribution. Administrative Law. Disciples.

## LES DISCIPLES ADMINISTRATIVISTES DE MAURICE HAURIUO

### RESUME

Il s'agit d'un article sur la contribution de Maurice Hauriou au droit administratif et des considérations sur l'existence des auteurs qui pourraient être considérés comme disciples de cet auteur.

**MOTS-CLÉS:** Maurice Hauriou. Contribution. Droit administratif. Disciples.

# LES DISCIPLES ADMINISTRATIVISTES DE MAURICE HAURIUO

Eric Millard\*

1 Un fait: l'existence en droit administratif d'une école défendant hauriou. 2 Une interrogation: peut-on être disciple « administrativiste » d'hauriou?

## RESUME

Il s'agit d'un article sur la contribution de Maurice Hauriou au droit administratif et des considérations sur l'existence des auteurs qui pourraient être considérés comme disciples de cet auteur.

**MOTS-CLÉS:** Maurice Hauriou. Contribution. Droit administratif. Disciples.

Un élémentaire souci de réalisme et d'honnêteté me conduit en préalable à vous prévenir que je ne pourrai pas traiter l'intégralité des questions qu'un intitulé peut-être un peu rapidement arrêté m'impose. J'essaierai de parler *A propos de disciples administrativistes d'Hauriou*, me demandant plus précisément s'ils perpétuent une Ecole dont Hauriou serait le fondateur et dont sa pensée serait le ciment.

A bien y réfléchir d'ailleurs, pareille reformulation n'est pas nécessairement illégitime: on vient toujours trop tard et l'état des lieux en droit administratif a déjà été longuement et patiemment dressé, notamment par Lucien Sfez qui, dans une thèse classique analysant *la Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, consacre un long chapitre (plus de 130 pages) à la diffusion de la pensée administrative d'Hauriou dans la doctrine.<sup>1</sup> Thèmes après thèmes, sans laisser de côté quelque auteur important que ce soit, Lucien Sfez montre et mesure les relations entre doctrines, interroge les disciples pour voir le degré de fidélité et les écarts éventuels, bref: cerne la question.

Certes, la thèse de Lucien Sfez a maintenant plus de trente ans. Mais si elle doit être complétée, s'il y a éventuellement un renouveau de l'intérêt administrativiste pour Hauriou, il est probable que les enseignements

---

\* Professeur de Droit Public. Responsable du Master Droit Public à l'Université Paris-Sud 11 - Sceaux.

généraux que Lucien Sfez a pu tirer sur ces points de l'influence doctrinale n'ont pas à être radicalement modifiés.

La première constatation qu'il faut faire en approchant ce sujet est celle de son ampleur: nul en droit administratif n'échappe à Hauriou. Si ce n'est sur la globalité de l'analyse, chacun trouvera qui dans tel développement des *Précis*, qui dans telle note d'arrêt, matière à enrichir sa réflexion, et chacun doit reconnaître que, sur telle ou telle question, il est ou peut être disciple d'Hauriou.

Mais la seconde remarque tient à l'appréhension même de cette pensée : elle est évolutive, parfois contradictoire, en tout cas *a priori* rétive à se figer dans une doctrine qui serait celle d'une Ecole clairement identifiable. On se souvient par exemple de la dialectique entre la puissance publique et le service public: dialectique dans le temps, pour savoir lequel de ces deux éléments caractérise le droit administratif; mais dialectique dans la structure aussi car la priorité donnée à l'une (la puissance) ne se conçoit que dans une relation dialectique à l'autre (le service). A quoi dès lors s'attacher? Jean Rivero déjà le notait, qui à l'unité sous-jacente de la pensée préférerait son mouvement.<sup>2</sup>

Ne pouvant reprendre ici tous les thèmes, tous les auteurs, tous les écrits, il m'a paru que je pouvais ne tenter qu'éclairer quelques pistes: parler à propos de disciples, m'interroger à propos de l'Ecole, dégager les relations entre Hauriou et le droit administratif.

Car si nous sommes réunis ici, sous l'égide de la Société française pour la théorie et la philosophie politiques et juridiques, c'est pour débattre essentiellement de la théorie et de la philosophie juridiques d'Hauriou, et il peut surprendre qu'une communication s'en tienne au droit administratif.

C'est pourtant au premier abord la matière qu'Hauriou a le plus marquée de son empreinte (au point d'être souvent présentée comme l'un de ses fondateurs<sup>3</sup>), et la masse documentaire qu'il y a consacrée (les 11 éditions du *Précis de droit administratif*, les 3 volumes de notes d'arrêts) en témoigne.

Oeuvre de technicien du droit? Oeuvre de philosophe du droit?

Il y a là tout de suite une ambiguïté à lever: le droit administratif que conçoit Hauriou est, pour reprendre la belle expression de Jean Rivero, «un droit sans frontière, discipline de synthèse qui se nourrit de toutes les branches de la connaissance juridique et non juridique».<sup>4</sup>

Et si je vais m'attacher à suivre des disciples administrativistes d'Hauriou, c'est d'abord dans cette volonté de comprendre le droit administratif comme une matière non détachée de la construction d'un système juridique et explicatif global.

Puisque, pour apprécier s'il y a Ecole, s'il y a disciples — c'est-à-dire s'il y a une volonté de la part d'administrativistes de faire leur une part significative de la pensée d'Hauriou —, il faut définir un élément de cohésion et de référence, il me semble que celui qui caractérise évidemment la démarche du fondateur, réel ou hypothétique, n'est pas moins bien fondée qu'un autre.

J'espère qu'en avançant dans la communication les enseignements qu'une telle grille dévoilera lui confirmeront une légitimité qui lui fait peut-être défaut à la simple affirmation, mais que je ne peux, ici, rechercher plus avant, sans risquer de traiter une autre communication: celle sur la notion d'Ecole.

Cette difficulté levée en fait aussitôt surgir d'autres. Elles peuvent se concentrer autour d'une question de légitimité/vérité théoriques.

L'exercice auquel je vous convie tend finalement à rapprocher des théories ou des doctrines des plus diverses — puisque par définition ici, la réception en droit positif, notamment en jurisprudence, est exclue de l'analyse —, dont les seuls points communs sont, peut être, de se rattacher, d'une manière restant encore pour l'essentiel à dévoiler, à la pensée d'Hauriou, et de porter, plus ou moins évidemment, sur le droit administratif.

Il faudra comparer ces doctrines entre elles, afin d'apprécier leur points communs, ce qui permettra de parler d'Ecole.

Il faudra estimer leur degré de parenté avec la pensée d'Hauriou — ou peut être les pensées, car le pluriel rendrait mieux compte du caractère évolutif et éveillé de celle-ci — afin de voir s'il y a lieu de parler de disciples.

Voilà beaucoup d'interprétation à mener, de mesures à effectuer, de jugements à porter...

Et voilà qu'il faut le faire — dans un temps réduit — en s'abstenant finalement (ou en essayant de s'abstenir) de tenir compte de la valeur intrinsèque de ces théories et doctrines. L'analyse qui nous retient ne porte pas en effet sur la valeur des théories étudiées en tant que telles, mais bien sur leur niveau de parenté ou de relation avec une autre théorie, celle d'Hauriou, dont il faut convenir pour le moins que sa pertinence demeure en débat.

Or les disciples éventuels d'Hauriou n'ont évidemment pas cherché à reproduire de quelque manière que ce soit une vérité révélée : la pensée d'Hauriou. Ils ont voulu mener leur propre réflexion, dans les termes qu'ils jugeaient pertinents, et en retenant d'Hauriou, comme d'autres, ce qui leur semblait juste et utile.

Il en résulte à l'évidence des difficultés dès lors que nous nous proposons, comme je l'ai dit, de mener sur le terrain du droit administratif une investigation prenant ses fondements dans la philosophie juridique d'Hauriou: ici, les filiations ne seront pas toujours avouées; comme les

recherches en paternité ne seront pas toujours recevables; il faudra parfois bousculer les textes, s'attacher à ce qui peut apparaître question de détail (les citations, les références, etc.).

Laveu de ces difficultés ne relève pas de la simple politesse rhétorique. Je veux ainsi préciser clairement qu'il n'est pas question de constructions définitives, ni de jugements de valeur. La réflexion — dans tous les sens du mot — sur les disciples administrativistes d'Hauriou ne me semble avoir d'intérêt que pour nous renvoyer les conceptions, sans doute diverses, peut-être contradictoires, en tous les cas imprécis, que nous nous faisons de sa pensée.

Cela étant posé, il reste à préciser comment saisir ces questions, déployer la grille proposée.

Il me semble que dans un premier temps, on ne peut que constater, comme un fait objectif, qu'une partie de la doctrine se réclame assez consciemment d'Hauriou, et fait usage de certains de ses concepts — tout comme une autre partie se déclare ouvertement hostile.

L'analyse montre alors que ces disciples se retrouvent essentiellement pour tenter de défendre sur le terrain du droit administratif des concepts que par ailleurs ils utilisent de manière différenciée dans leurs analyses, sans les rattacher toujours au système juridique global d'Hauriou, introduisant ainsi une distorsion.

Cette double caractérisation (disciples/défenseurs - disciples/administrativistes) oblige à rechercher si l'approche fragmentée (limitée au droit administratif) de l'oeuvre d'Hauriou permet réellement une fidélité à sa démarche, et partant conduit à douter que puissent exister, ainsi définis, des disciples administrativistes d'Hauriou.

## **1 UN FAIT: L'EXISTENCE EN DROIT ADMINISTRATIF D'UNE ECOLE DEFENDANT HAURIOU**

Au-delà des emprunts épars d'analyses techniques proposées par Hauriou, on peut mettre en évidence, à partir des derniers écrits d'Hauriou, puis au sein de la littérature de droit administratif qui lui est postérieure, un courant relativement homogène, bien que minoritaire, qui paraît pouvoir constituer une Ecole.

Cette Ecole se caractérise davantage par réaction que par construction : elle entend défendre la validité des concepts essentiels proposés par Hauriou, qui sont contestés par la doctrine administrative dominante, sans chercher nécessairement à dégager une approche commune à divers juristes qui se réclameraient identiquement d'Hauriou.

L'angle de la défense, ainsi caractéristique, constitue seul l'élément d'homogénéité qui réunit des auteurs ayant par ailleurs une pensée tout à

fait propre. Ces faits et motivations ne sont pas sans conséquences sur l'image qui est forgée de la pensée d'Hauriou, puis diffusée et reprise.

Que l'on se place d'abord sur le terrain de la défense lorsque l'on aborde Hauriou ne doit pas étonner : les propositions qu'il formule, son système aussi bien que son vocabulaire et ses concepts ont provoqué de vives critiques, au point que Jean Rivero voyait dans la violence des hostilités qu'il suscitait l'ultime « signe de la survie d'Hauriou ».<sup>5</sup>

Et l'on peut croire que l'ampleur de ces critiques a servi de ciment à une *Ecole Hauriou* en droit administratif.

Deux concepts clés de la pensée d'Hauriou peuvent permettre de se faire une idée du mécanisme fédératif ainsi proposé.

Le premier est celui de la puissance publique.

Hauriou est pour les administrativistes français le fondateur d'une Ecole, celle de la puissance publique, qui s'opposerait à une autre Ecole, celle de Bordeaux, celle du Service public. Qu'Hauriou se soit opposé à l'Ecole du service public, cela est aisément admissible, et il suffit de le lire sur ce point: il n'est pas tendre à l'égard notamment d'un Jèze<sup>6</sup>, même s'il n'adresse pas les mêmes reproches à Duguit.

Pourtant, cette opposition lui est déniée, ou plus exactement, elle est marginalisée par Jèze qui la prétend sans influence, qualifiant la puissance publique de vieille théorie dont les tenants disparaissent un à un. Il faut alors à Hauriou se défendre.<sup>7</sup> Georges Vedel enregistre et relaie cette résistance lorsque, quelques années plus tard, il insiste sur le fait que « seul le Doyen Hauriou avait maintenu fortement l'idée de la puissance publique ».<sup>8</sup>

C'est ici une défense tenant à l'existence même de la pensée d'Hauriou : face à l'impérialisme de l'Ecole de Bordeaux, dire et rappeler qu'une autre pensée s'était déployée, que l'on ne peut ignorer.

L'Ecole de la puissance publique tient d'abord à ce qu'elle conteste le monopole de l'Ecole du service public ; davantage, nous le dirons, qu'à une adhésion des disciples à une théorie positive de la puissance publique.

Une seconde illustration peut être tirée du concept de décision exécutoire.

Selon Hauriou, il s'agit de « toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, vis à vis des administrés, émise par une autorité administrative dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office ».<sup>9</sup>

Ce concept clé de la pensée d'Hauriou, en ce qu'il procède d'une déclinaison dogmatico-doctrinale (au droit administratif) d'une théorie globale du droit (l'Institution) a été vivement critiqué notamment par Prosper Weil<sup>10</sup> et Charles Eisenmann.<sup>11</sup>

Ce dernier reproche à Hauriou soit d'avoir confondu dans la terminologie (*exécutoire*, *exécution d'office*) le caractère *obligatoire* de l'acte unilatéral (normativité de l'acte: sa force juridique) avec son exécution (régime de l'acte), soit même d'avoir généralisé l'hypothèse extrême de l'exécution forcée à l'ensemble des actes unilatéraux. Hauriou commettrait donc soit une erreur théorique (l'unilatéralité confondu avec l'exécutoire), soit une erreur sur le droit positif (privilège général d'exécution forcée reconnu à l'administration). Au final, et avec une ironie certaine, Eisenmann estime que les vues d'Hauriou sont touffues et surprenantes, et conclut au rejet de la notion.

Ici encore l'analyse de la doctrine révèle les disciples d'Hauriou qui le défendent.

Certains (Georges Vedel<sup>12</sup>, Jean Rivero<sup>13</sup>, etc.) le font simplement, en continuant, malgré ces fortes critiques, à utiliser le terme, et en précisant clairement le sens qu'ils lui donnent (et c'est en général le sens d'Hauriou: le privilège du préalable, la décision étant normative et devant être exécutée préalablement au recours au juge).

D'autres s'attaquent directement à la critique d'Eisenmann pour faire justice à Hauriou et tenter de rétablir le bien-fondé de sa pensée: notamment Lucien Sfez<sup>14</sup> et Roger Gérard Schwartzberg<sup>15</sup> qui démontrent que le reproche de confusion entre le privilège du préalable et l'exécution forcée est irrecevable, Hauriou ayant clairement séparé dans ses études les deux questions — ce qui ne serait pas le cas d'auteurs postérieurs, comme Rolland, qui les auraient eux confondues sous le terme *exécutoire*, obscurcissant à rebours, davantage, la pensée d'Hauriou.

Ainsi, une unité se fait autour d'Hauriou, qui identifie des attaques violentes et mal fondées à l'encontre de sa pensée, et unit une partie de la doctrine administrativiste dans sa défense: une Ecole apparaît.

Le vocabulaire employé, à la proportion des attaques subies, permet sans doute de mettre en évidence cette modalité constitutive de l'Ecole, fédérative de certains auteurs. Hauriou lui-même, répondant à Jèze, écrivait : « la défense est aisée, surtout si l'on passe à la contre-attaque ».<sup>16</sup> Lucien Sfez, revenant sur la décision exécutoire, parle de « l'hostilité de Charles Eisenmann »<sup>17</sup> et Roger Gérard Schwartzberg sur le même sujet évoque les « censeurs d'Hauriou »<sup>18</sup>, constatant qu'il y a « erreur de cible » et « balles perdues ».<sup>19</sup>

Si Hauriou a ainsi été le premier à se défendre, il ne nous semble pas néanmoins que ses « disciples » procèdent toujours à une défense du même type.

Hauriou parle très clairement dans sa préface à la 11<sup>ème</sup> édition du *Précis de droit administratif (puissance publique et service public)*<sup>20</sup> de « contre-attaque ». Devant l'exposé des thèses jéziennes, il répond par une mise en

perspective dialectique de sa pensée. Là où Jèze annonce l'exclusive du service public et critique l'analyse de la puissance publique, Hauriou reprend les deux termes pour définir le rapport dialectique qui s'institue entre eux, et qui oblige à voir un terme premier (la puissance publique) et un terme second (le service public). Et il s'emploie à préciser pourquoi la puissance doit primer (le propre du droit, ce sont les moyens), et pourquoi le service public, quoique second, doit être pris en compte de manière essentielle (autolimitation objective de la puissance). La défense ici est constructive de la pensée de l'auteur, en ce qu'elle en décline une synthèse; même si dans le même temps elle la simplifie, en ramenant, au moins en apparence, la puissance publique aux seuls moyens.

On trouverait, antérieurement à ce célèbre exemple, d'autres textes d'Hauriou dans lesquels, face aux critiques qui lui sont adressées — ou qu'il s'adresse lui-même d'ailleurs —, il reformule ses pensées, en abandonne des éléments qui ne le satisfont plus, en revoit les articulations... La méthode n'est donc pas nouvelle, et tout au plus peut-on dire qu'en 1927, dans cette préface, Hauriou se défend peut-être davantage qu'auparavant, que les attaques soient devenues plus vives ou que sa pensée ait atteint l'équilibre qu'il recherchait.

Mais cette défense constructive, ses disciples ne peuvent évidemment pas toujours la pratiquer, sauf à adopter complètement et reproduire l'ensemble de la pensée d'Hauriou. Et parce qu'ils ont leur propre thématique, la défense qu'ils font des concepts d'Hauriou ne peut être qu'une défense figée et figeante, ce qui ne va pas sans quelques inconvénients.

Lorsque l'on se défend, on n'est pas totalement maître du discours. Et c'est avec raison qu'Hauriou en 1927 parlait de contre-attaque: ne pas se laisser enfermer par les tenants de l'École du service public dans une alternative *service public* contre *puissance publique*, but contre moyen, mais déplacer le débat sur le terrain de la relation entre les deux éléments, aussi indispensables l'un que l'autre, mais dans une nécessaire subordination intellectuelle.

Les défenseurs administrativistes d'Hauriou n'ont pas fait, me semble-t-il, pareille démarche et ont été obligés d'intervenir, consciemment ou non, je n'en sais rien, sur un terrain et par rapport à des thématiques qu'ils n'avaient pas choisis.

Et si sur la question de la puissance publique, finalement, Hauriou s'était lui-même défendu et avait précisé sa pensée, par rapport aux théories qui lui étaient antérieures ou contemporaines, offrant une référence aux analyses futures, il n'en va pas de même pour la question de la décision exécutoire. Pourtant, c'est sur cette question qu'il a été clairement attaqué après sa mort, notamment comme on l'a dit par Charles Eisenmann, en référence à une analyse du droit, le normativisme, à laquelle Hauriou à l'évidence n'avait rien compris.<sup>21</sup>

Ceux qui ont défendu Hauriou dans cette opposition doctrinale ont donc dû le faire sur le terrain balisé par Charles Eisenmann, selon les attaques et les arguments que celui-ci avait avancés, sans se référer à une inexistante argumentation d'Hauriou sur ces critiques.

Je voudrais l'illustrer, puis m'arrêter sur les conséquences qui en résultent.

Eisenmann avait contesté que l'on puisse parler d'*exécutoire* de manière générale pour les actes normatifs. Selon lui, le recours à une telle terminologie procéderait d'une analyse qui lierait la sanction à toute décision, et ferait foi d'une division fondamentale entre les actes impératifs et les actes permissifs.

Lucien Sfez s'oppose à la critique d'Eisenmann et veut défendre Hauriou.<sup>22</sup> Il indique que pour Hauriou, la décision exécutoire ne serait pas confondue avec l'acte unilatéral: il existerait des actes unilatéraux permissifs, et des actes unilatéraux impératifs (seuls ces derniers constituant la catégorie de la décision exécutoire).

Cette affirmation de Lucien Sfez comporte deux éléments:

a - *la décision exécutoire n'est pas confondue avec l'acte unilatéral*. Lucien Sfez tire cet argument davantage des écrits des disciples d'Hauriou (qui précisent sa pensée) que de ceux d'Hauriou. Il s'appuie sur les distinctions proposées par Jean Rivero et Georges Vedel pour qui la décision exécutoire est une catégorie des actes unilatéraux qui s'oppose aux actes unilatéraux non normatifs.

b - *La décision exécutoire serait l'acte unilatéral impératif*. Or cela procède d'une confusion entre *normatif* et *impératif*: un acte normatif peut être impératif ou peut être permissif. Un acte non normatif ne peut pas l'être. Impérativité et permissivité sont deux caractères qui s'attachent à la notion d'obligatoire. Si chez Hauriou, comme chez Georges Vedel et Jean Rivero, *décision exécutoire* signifie *décision obligatoire* ou normative, la décision exécutoire est aussi bien la décision impérative que permissive.

Ici, clairement, Lucien Sfez défend Hauriou sur le terrain balisé par Eisenmann: il ne le défend pas avec les arguments d'Hauriou mais par rapport aux arguments d'Eisenmann. Mieux, il défend un Hauriou tel que se l'imagine Eisenmann. Celui-ci, reprochant, de manière mal distinguée, deux choses totalement différentes et contradictoires à Hauriou (*exécutoire* = exécution forcée; *exécutoire* = obligatoire), fait apparaître ainsi un Hauriou qui mêlerait ces deux sens et qui, s'il n'a pas retenu purement et simplement le sens d'exécution forcée derrière l'exécutoire, aurait tout au moins réservé le sens *exécutoire* à des actes normatifs sanctionnés (soumis à obligation d'exécution).

C'est une lecture critiquable à laquelle procède Eisenmann: un acte permissif est obligatoire parce qu'il est normatif, c'est-à-dire simplement parce qu'il modifie le droit (en créant des droits comme l'on crée des obligations)

et que l'on doit respecter la modification intervenue; pas parce qu'il y aurait une sanction particulière.

Prise dans la logique de l'attaque eisenmanienne, la défense de Sfez s'éloigne considérablement de la pensée d'Hauriou: elle tend plutôt à valider la lecture de son contradicteur.

Or, par ricochet, et ce n'est pas la moindre des conséquences, cette défense par Sfez de la décision exécutoire conforte les présupposés qu'Eisenmann déniche et critique chez Hauriou. Lucien Sfez en a d'ailleurs conscience lorsqu'il indique que Charles Eisenmann « a voulu considérer *a priori* que l'image qu'Hauriou se faisait de l'administration était une image d'administration puissance publique, et seulement puissance publique, impérative et maniant la foudre». <sup>23</sup>

Assurément, la puissance publique occupe une place centrale chez Hauriou; moins sans doute, j'y reviendrai, que chez certains de ses disciples. Mais moins également que ce que prétend Eisenmann. Parce que la puissance n'est pas seule.

A se défendre contre l'Ecole du Service public — mais pouvait-il faire autrement? — Hauriou a pris le risque de voir sa pensée enfermée dans l'idée de *puissance publique*, et ses analyses ramenées à ce *seul* concept. Au point que ses disciples (Jean Rivero<sup>24</sup>, Paul Couzinet<sup>25</sup>, etc.) doivent périodiquement rappeler que l'idée de service public est loin de lui être étrangère et qu'il en a vraisemblablement été « l'inventeur ».

Pourtant, Eisenmann, comme la majeure partie de la doctrine et même certains disciples d'Hauriou (Georges Vedel notamment), ont la conviction que ce qui caractérise Hauriou, c'est la seule puissance publique.

Jean Rivero, a qui ce reproche ne peut être adressé, le dit d'ailleurs « docteur officiel de la puissance publique ». <sup>26</sup> Et lorsqu'Eisenmann compare le système des *bases constitutionnelles* de Georges Vedel à la pensée d'Hauriou, il écrit que ce dernier pensait que, comparée au service public, « la puissance publique était *la* notion vraiment fondamentale des deux »: contresens ou plutôt réduction, qui s'explique, nous y reviendrons, par le parti pris d'une analyse simplement administrativiste. Mais parti pris qui fige la pensée d'Hauriou autour de la figure que ses contradicteurs en ont dessinée; glissement qui reconstruit la pensée d'Hauriou sur des bases qui ne sont plus exactement les siennes.

Et bien sûr ce glissement tend à dévaloriser cette pensée, la simplifiant et la caricaturant.

Là encore, le vocabulaire est révélateur. C'est un lieu commun désormais de dire qu'Hauriou employait une terminologie confuse et qu'il ne faut pas trop faire grief à ses contradicteurs de ne l'avoir pas compris. Et ce sont ses disciples, c'est-à-dire ceux qui l'ont défendu, les premiers, qui viennent le dire. Lucien Sfez parle du dédain d'Hauriou pour la rigueur

dans le choix des mots.<sup>27</sup> Roger Gérard Schwartzberg place la vertu de l'étymologie et de la rigueur de la langue du côté de Charles Eisenmann, regrettant les « écarts de langage d'Hauriou ».<sup>28</sup>

Je ne dirai pas contre eux qu'Hauriou était un linguiste parfaitement rigoureux.

Mais le choix qu'il avait des mots n'était pas, comme nous le verrons, totalement aléatoire.

Et je crois que céder devant la terminologie eisenmanienne revient, implicitement, à céder devant son analyse, c'est-à-dire à ne plus défendre la pensée d'Hauriou, mais à tenter simplement d'excuser ses éventuelles erreurs devant un normativisme eisenmanien triomphant, qui fixe les termes du débat.

Pierre Delvolvé recommande ainsi, afin de lever l'ambiguïté sur la notion d'*exécutoire*, de renoncer à recourir à l'expression *décision exécutoire*, et de lui préférer celle d'*acte unilatéral*.<sup>29</sup> Roger Gérard Schwartzberg semble vouloir, avec Charles Eisenmann, réserver l'emploi du concept *exécutoire* au cas d'exécution forcée.<sup>30</sup> De manière générale, on s'aperçoit en effet que les termes *exécutoire*<sup>31</sup> et surtout *exécution d'office* sont pris et utilisés par la doctrine<sup>32</sup> davantage dans les sens proposés par Eisenmann que dans ceux que les disciples d'Hauriou leur donnent.

Que dans l'absolu, le débat Eisenmann-Hauriou sur la question de l'acte administratif puisse se résoudre à l'avantage du premier — pour autant qu'il y ait réellement lieu à débat —, voilà une chose possible, encore qu'Eisenmann ne l'ait jamais posée dans les termes d'Hauriou, sans procéder d'abord à une reconstruction du discours sur la décision exécutoire.

Mais ne pas défendre le vocabulaire d'Hauriou ici revient purement et simplement à ne pas défendre sa pensée, car finalement, le concept proposé par Hauriou est, du fait de cette reconstruction et de ce repositionnement par rapport à la lecture d'Eisenmann, totalement vidé de sa substance.

Hauriou est ainsi condamné, y compris par certains de ses disciples, sans que sa pensée soit justifiée et réellement confrontée à la critique eisenmanienne. A cet égard, le choix théorique qu'ont fait par exemple Georges Vedel et Jean Rivero, de continuer à parler de décision exécutoire, sans devoir nécessairement s'en justifier, sinon par une explication du sens et par un usage logique et rigoureux au regard d'une analyse globale, en tout cas, sans se référer à la « fausse querelle »<sup>33</sup> d'Eisenmann, constitue la meilleure réponse.

Il demeure de tels débats, forgée par ses détracteurs et confortée par certains de ses disciples, l'image d'un Hauriou peu rigoureux, qui aurait confondu dans des verbiages brumeux la nature et le régime de l'acte.

La défense montre bien que l'erreur ne serait que sémantique et non pas conceptuelle: mais on ne fait que l'excuser, en reconnaissant qu'il y a eu erreur. On ne rétablit pas sa pensée, qui exonérerait de l'erreur, en établissant les connexions qui en dévoilent la logique.

Hauriou est alors enfermé, figé, sur un terrain d'où ses disciples ne cherchent pas vraiment à le dégager, et qui n'est pas le sien mais celui de ses contradicteurs.

Ce terrain est celui de la dogmatique du droit administratif. Et c'est alors la possibilité de demeurer fidèle à Hauriou sur le seul terrain administrativiste qui est en question.

## 2 UNE INTERROGATION: PEUT-ON ETRE DISCIPLE « ADMINISTRATIVISTE » D'HAURIU?

L'interrogation qui se fait jour est donc la suivante: est-il possible de considérer qu'on puisse être fidèle à la démarche d'Hauriou à un degré suffisamment élevé pour entraîner la qualification de disciple, et permettant d'isoler une Ecole fondée par Hauriou, dès lors que la filiation s'effectue sur le seul terrain dogmatico-doctrinal du droit administratif, et que la pensée foisonnante d'Hauriou:

*a* - d'une part se déploie au moins autant sur les terrains de la philosophie du droit, de la théorie du droit, de la sociologie du droit.

*b* - d'autre part est toute fondée sur l'idée de connexion entre diverses approches et ne sépare jamais la technique du droit administratif d'autres considérations, et notamment de la théorie de l'institution.

Autrement dit, la démarche dogmatico-doctrinale d'Hauriou que défendent des administrativistes, et à laquelle ils se rattachent, dont ils se réclament, est-elle isolable au sein de la pensée de notre auteur: existe-t-elle dans ses écrits comme corps séparé, bénéficiant de sa propre logique et se suffisant à elle-même? Ou est-elle une reconstruction de la pensée d'Hauriou, fruit d'une coupure artificielle, objet d'un réductionnisme?

La réponse ne peut être que nuancée.

S'il s'agissait d'exclure purement et simplement la dogmatique juridique héritée d'Hauriou au profit de la seule approche institutionnelle, l'interrogation déboucherait évidemment sur un contresens. Bien des considérations de droit administratif d'Hauriou demeurent valables, et peuvent se comprendre sans référence obligée au système d'analyse qui les inspire. Sans doute de là vient la permanence de l'influence de l'arrêteste. Et Charles Eisenmann lui-même affirmait dès 1930 que les aspects techniques de l'oeuvre d'Hauriou — comme de Duguit — resteraient «l'apport le plus durable et le plus précieux au progrès des sciences juridiques».<sup>34</sup>

Mais dès lors que la mise en relation des approches dogmatique et théorique permet d'éclairer des concepts qu'utilise l'une (l'analyse du droit administratif) par des constructions que propose l'autre (la théorie de l'institution), qu'il n'est pas besoin de forcer la lecture pour effectuer ce rapport puisqu'Hauriou lui-même transcende ces séparations. Alors, on peut sinon contester a priori à ceux qui négligent ces connexions la qualité de disciple d'Hauriou, du moins interroger cette qualité.

Je dois préciser davantage de quoi il est ici question: il est certain que les disciples d'Hauriou ne s'en tiennent que rarement au droit administratif stricto sensu, et se préoccupent fortement d'autres disciplines juridiques (droit constitutionnel, libertés publiques, etc.); on pourrait croire alors que ce droit administratif sans frontière, tel que le concevait Hauriou, finalement, est le droit public au sens large, et même plus simplement le droit; et dire que les disciples administrativistes d'Hauriou procèdent comme lui d'une vision large du droit administratif.

Il ne faut pourtant pas s'arrêter à cet élargissement sans pousser plus loin l'investigation.

Pourquoi? Parce que ce qui caractérise l'approche d'Hauriou n'est pas seulement la globalité d'une approche juridique qui transcende les frontières des disciplines techniques: c'est bien la connexion qu'il établit entre le droit et ce que l'on considère, généralement, comme n'étant pas du domaine du droit; la connexion entre une théorie qui tient compte de la sociologie, et d'autres données non juridiques, et le droit: la connexion entre la théorie de l'Institution et le droit administratif.

Savoir si cette connexion relève de la science du droit ou au contraire exclut une telle approche parce qu'elle fait intervenir du métajuridique est un débat qui ne relève pas du propos de cette intervention. Constaté en revanche qu'Hauriou procède à cette connexion est une évidence élémentaire.

Dès lors, lorsque nous disons que les disciples administrativistes procèdent à une réduction d'Hauriou, c'est dans la mesure où ils revendiquent l'héritage purement juridique sans revendiquer, dans le même temps, les éléments de la théorie institutionnelle qui y sont connectés et qui l'expliquent.

La première démarche consiste à montrer qu'il n'est nullement question de connexion chez les disciples administrativistes d'Hauriou. Les preuves sont nombreuses. On se contentera, pour une question purement matérielle de temps et de place, d'exemples et d'indices.

Les références bibliographiques sont souvent éclairantes.

Et l'on constate que la théorie de l'institution, sous ses diverses formes, est généralement absente. Quand elle est présente, ce n'est que comme

citation de la définition de 1925<sup>35</sup>, le texte de 1906 sur le droit statutaire étant ignoré.<sup>36</sup> Il en va de même d'autres ouvrages clés, notamment des *Principes de droit public*, dont la 1<sup>ère</sup> édition<sup>37</sup> n'est guère fréquentée alors qu'elle contient des passages fondamentaux pour la compréhension de l'idée institutionnelle.

L'ouvrage de référence pour les administrativistes reste — outre la compilation des notes d'arrêts — le *Précis de droit administratif*, surtout dans sa 11<sup>ème</sup><sup>38</sup> ou 12<sup>ème</sup> édition (revue par André Hauriou), supposées présenter «le terme»<sup>39</sup> de la pensée d'Hauriou.

Georges Vedel dans ses écrits sur les bases constitutionnelles, Lucien Sfez et Roger Gérard Schwartzenberg à propos de la décision exécutoire, ne se réfèrent jamais aux écrits directement consacrés à l'institution. Voilà pour les indices.

Quant aux exemples, il faut les chercher directement dans les discours. Et là non plus, dans les démonstrations, dans les argumentations en défense contre ceux qui attaquent Hauriou, dans les constructions qu'il inspire — notamment dans la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif —, l'existence ou l'influence de la théorie de l'Institution n'est ni prise en compte matériellement, ni évoquée formellement. Là encore, l'avertissement de Lucien Sfez est éclairant: «le droit administratif nous intéresse seul ici»<sup>40</sup>; tout procède d'une croyance que les écrits de droit administratif d'Hauriou se suffisent à eux-mêmes.

Cela ne relève pas du hasard mais reflète parfaitement la coupure que les administrativistes ont introduite dans la pensée d'Hauriou.

Que cette non prise en compte de la connexion ne constitue en rien un élément de validité ou d'invalidité objective des argumentations présentées — au moins quand elles ne prétendent pas reproduire la pensée d'Hauriou —, qui doivent être jugées et défendues pour elles-mêmes, c'est un fait évident. Mais dès lors que l'on tend à mesurer l'écart qui existe entre Hauriou et ses disciples, cette coupure est essentielle.

Car la deuxième démarche oblige à rappeler qu'Hauriou, quant à lui, procédait bien à cette connexion.

Là encore, on peut revenir sur les deux exemples que nous avons déjà utilisés : la puissance publique et la décision exécutoire.

La décision exécutoire est un terme omniprésent dans la Théorie de l'institution, et cela dès le départ. C'est donc un thème central.

Il n'est pas question ici de rendre compte précisément de toute sa construction institutionnelle; mais je voudrais insister sur plusieurs points.

Hauriou part d'une séparation qu'il propose entre l'acte et le fait juridique; il introduit la dimension temporelle, dont on sait qu'elle est

essentielle à son appréhension de l'institution, et distingue ainsi le fait (ce qui est arrivé) de l'acte (ce qui n'est pas encore arrivé, ce qui est en acte).<sup>41</sup>

Il poursuit à propos de la décision exécutoire: « en droit administratif, la manifestation de volonté doit être exécutoire[...] L'acte juridique, c'est la décision exécutoire[...] Cela signifie d'abord que la décision va commencer à s'exécuter, qu'elle a tout ce qu'il faut pour s'exécuter (elle s'oppose aux projets préparatoires)[...] Cela signifie aussi qu'elle n'est pas encore exécutée, qu'elle cesse d'être exécutoire quand elle est exécutée».<sup>42</sup>

La notion d'exécutoire ne renvoie donc pas à l'exécution mais bien au privilège du préalable décliné dans la durée: la décision obligatoire qui n'a pas encore été exécutée.

Hauriou ensuite intègre cette notion dans sa conception de la séparation des pouvoirs. On sait qu'il distingue là encore les pouvoirs sur une ligne temporelle:

a - un pouvoir exécutif, qui a la compétence intuitive de l'idée d'oeuvre, et qui commence sa réalisation par la décision exécutoire.

b - le pouvoir délibérant qui a la compétence discursive de la délibération.

c - le pouvoir de suffrage, qui a la compétence de l'assentiment.

Dans un système donc où l'idée cohésive est centrale, où la représentation est celle de l'idée d'oeuvre, et où le pouvoir s'organise pour servir cette idée, la décision exécutoire est clairement isolée par Hauriou du côté du pouvoir exécutif, en liaison avec la réalisation de l'idée. Elle unit non pas l'administration à un tiers, mais le groupe à ses membres, laissant place à une forme de consentement que l'unilatéralité ne peut saisir.

Quand Hauriou parle ensuite de décision exécutoire en droit administratif, il ne rappelle pas toujours cette construction, mais il la décline au droit positif, où la décision exécutoire (procédé exorbitant que l'administration tient de la puissance publique) est l'acte administratif par excellence, moyen au service du but (le service public).

On peut contester la construction d'Hauriou. Il est même souhaitable que l'on en débattenne. Mais refuser d'en percevoir la cohérence n'est pas faire justice à Hauriou. A cet égard, les disciples d'Hauriou le défendent mal et Eisenmann a réussi « le hold-up parfait » en imposant sa lecture, sa coupure:

a - *Premier temps*: La théorie de l'institution est ramenée à un élément de doctrine sociale qui n'est pas « caractéristique de la pensée proprement juridique d'Hauriou».<sup>43</sup> C'est la logique positiviste d'Eisenmann; pas celle d'Hauriou. Mais une coupure est posée, qui sépare le social du juridique. Et cette coupure ne sert pas à invalider totalement Hauriou (à discuter SA pensée globale sur le droit) mais bien à faire la partition entre ses écrits

juridiquement discutables et discutés, et ses théories métajuridiques, rejetées hors du débat de droit. D'ailleurs Eisenmann ajoute pour être tout à fait clair: « cette philosophie générale une fois posée, Hauriou ne l'utilise plus pour l'explication d'aucune règle concrète »<sup>44</sup> et conclut qu' « il est nécessaire d'exclure de l'étude de la solution des problèmes de la théorie juridique toute doctrine politique ou sociale ».<sup>45</sup>

*b - Second temps:* on étudie alors la pensée proprement juridique — entendons bien: la dogmatique de droit administratif, celle qui se trouve dans les écrits consacrés au droit administratif et qui porte sur les seules questions de droit administratif —, par rapport à elle-même, donc sans l'éclairer par la théorie de l'Institution; ces écrits sont alors largement inexplicables, peu clairs, car partiels (en fait) et incohérents (selon Eisenmann). On peut souligner les erreurs, regretter le vocabulaire; et les disciples d'Hauriou de reconnaître la rigueur eisenmanienne et de dévaloriser celui qu'ils défendent.

Qu'Eisenmann fasse cette démarche, cela doit être dénoncé pour reposer le débat sur ce qu'est le Droit. Mais que les disciples d'Hauriou le fassent également, alors qu'il devrait défendre l'intégrité de la pensée d'Hauriou est plus problématique et pose question, montrant spécialement l'impossibilité d'être disciple administrativiste d'Hauriou (c'est-à-dire de s'en tenir au terrain du droit administratif sur lequel Eisenmann assigne Hauriou).

Une analyse comparable pourrait être menée à propos de la puissance publique, et particulièrement à propos de l'usage qu'en fait Georges Vedel.

L'idée de puissance est toute entière liée à la théorie de l'institution, où elle représente l'élément dynamique, le pouvoir qui anime l'institution et, qui s'organise pour la réalisation de l'idée.

Or, quand on a retenu chez Hauriou la notion de puissance, il semble bien que le lien dialectique entre puissance et service public, entre le pouvoir et l'idée, ait été oublié, au moins parfois. Et que l'on ait réduit la puissance publique aux procédés de la puissance publique.

C'est encore une fois vrai des adversaires d'Hauriou (Ecole du service public, etc.). Mais cela l'est également de certains de ses disciples, dont Georges Vedel.

La démonstration devrait être menée longuement et minutieusement; je ne peux ici en dire que quelques mots trop rapides.

En construisant autour de la seule notion de pouvoir exécutif (au sens synthétique: maintien de l'ordre juridique, fonctionnement des services publics, etc.) les bases constitutionnelles du droit administratif, le doyen Vedel s'éloigne considérablement, me semble-t-il, d'Hauriou. En effet, il indique que « l'administration est l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif ». Plus précisément, « la puissance publique est la détention de compétences exorbitantes de droit commun », « le corollaire du pouvoir

exécutif», puis « un régime juridique caractérisé à la fois par les prérogatives et par les sujétions exorbitantes du droit commun reconnues ou imposées à ceux qui agissent dans l'exercice de la souveraineté nationale ». <sup>46</sup>

Charles Eisenmann avait, assez justement, constaté qu'était mise en avant ici une logique renvoyant en réalité à Jèze: la logique des procédés de droit public. <sup>47</sup>

Deux autres éléments au moins peuvent être avancés pour situer l'utilisation par Georges Vedel de la puissance publique:

a - le principal est que la puissance publique chez Hauriou, ce n'est pas que le pouvoir exécutif, mais bien le pouvoir dans l'Etat: la puissance est une domination; au service de l'idée, certes, qui en constitue l'autolimitation objective: un pouvoir qui s'organise, qui se discipline, qui s'équilibre avec des obstacles juridiques pour faire durer l'institution; et donc qui est limité par l'idée d'oeuvre...

Mais c'est tout de même la problématique du pouvoir dans l'institutions et de sa juridicité qui est en jeu, pas celle du seul pouvoir exécutif.

Et c'est une relation de l'administration au pouvoir et à l'institution qui est construite, autour de la compétence intuitive (l'insistance sur le pouvoir minoritaire) et de la décision exécutoire. C'est encore une vision du collectif qui s'incarne : comment se fonde-t-il? Comment dure-t-il? Quelle est la place de la domination et du consentement?

Et en droit administratif, comme l'a montré Paul Couzinet<sup>48</sup>, cela renvoie à une approche « volontariste et organique » : à un organe qui agit à titre de puissance publique, dans la dynamique du pouvoir institutionnel — et notons à cet égard que peu importe que l'organe soit public ou privé : ce qui importe, c'est sa relation au pouvoir d'Etat et à l'idée d'oeuvre, au vitalisme institutionnel —.

b - Dès lors, le second élément est évident : la puissance publique ne peut être réduite aux procédures exorbitantes du droit commun (ces fameux procédés de droit public: l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif) ou confondue avec elles. C'est un pouvoir de volonté, l'élément politique de l'institution, et non les simples procédés juridiques, qui sont, eux, statiques car ils ne peuvent constituer que des limites.

Bien sûr, l'accent mis sur les moyens en 1927 par Hauriou lui-même (pour se défendre, rappelons le, contre l'impérialisme du but qu'entraînait l'analyse de Jèze) a sans doute prêté à confusion et ouvert la voie à ce réductionnisme. <sup>49</sup>

Le texte s'ouvrait sur ces phrases : « Puissance publique et service public sont les deux notions maîtresses du droit administratif français. Le service public est l'oeuvre à réaliser par l'administration publique, la puissance publique le moyen de réalisation ». Et plus loin « l'idée de service entraîne l'autolimitation objective de la puissance ».

Mais il demeure que ce réductionnisme — qui fait de la puissance un moyen, un simple régime juridique —, amplement répandu, ne montre pas l'essentiel: que les moyens exorbitants du droit commun, l'administration les tient de la puissance publique et qu'ils ne sont pas confondus avec elle; que la puissance est une force d'action, non de réaction.

Au total, s'il y a bien une influence d'Hauriou en droit administratif, s'il y a peut-être des disciples, on voit qu'il est difficile de parler d'une Ecole, au sens de regroupement d'administrativistes partageant une doctrine qui soit d'abord fidèle à Hauriou, et qui leur soit ensuite commune.

L'essentiel de ce qui caractérise la pensée d'Hauriou n'est en effet pas réductible au droit administratif: c'est davantage une méthode d'analyse; et une Ecole « Hauriou » ne pourrait donc être, éventuellement, qu'une Ecole institutionnaliste; ce serait alors nécessairement non pas une Ecole administrativiste, mais bien une Ecole de théorie du droit et de l'Etat.

Celle-ci trouverait certes à appliquer en droit administratif une réflexion institutionnaliste: d'une certaine manière, c'est ce qu'a su faire, et faire comprendre à ceux qui travaillent avec lui, Jean-Arnaud Mazères.

Pourrait-on pour autant parler de disciples, d'Ecole? Ce n'est certes pas à moi de le dire. Mais l'écart avec Hauriou pourrait ne pas être moins important, pour d'autres raisons bien sûr, que celui que nous venons de rencontrer entre Hauriou et ses disciples administrativistes.

Et est-ce bien grave? Est-ce bien important?

Sans doute pas; et la force d'une pensée comme celle d'Hauriou, qui garantit sa postérité, comme l'ont déjà noté tous ceux qui se sont penchés sur elle, et notamment Jean Rivero<sup>50</sup>, est bien de stimuler la réflexion, non d'imposer des cadres.

En droit administratif comme ailleurs.

## RÉFÉRENCES

BERTHÉLÉMY. Discours à l'occasion de l'inauguration du monument élevé à Hauriou par la faculté de droit de Toulouse. *Plaquette Sirey*, Paris, 22 avr. 1931.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001, n. 557.

COUZINET, Paul. Maurice Hauriou et le droit administratif. *Ann. Toulouse* 1968, p. 157 et seq.

DE LAUBADERE; VENEZIA; GAUDEMET. *Traité de droit administratif*. T. 1. Paris: LGDJ, 1999, n. 977.

DELVOLVE, Pierre. *L'acte administratif*. Paris: Répertoire Dalloz (Dictionnaire permanente).

EISENMANN, Charles. *Cours de doctorat*. T. II . Paris: LGDJ, 1982, p. 743 e seq.

\_\_\_\_\_. Deux théoriciens du droit: Hauriou et Duguit. *Revue philosophique*, 1930, p. 278.

HAURIOU, Maurice. L'institution et le droit statutaire. *Cahier de législation*, 1906, p. 134 et seq.

\_\_\_\_\_. La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social. In: *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté. Cahiers de la Nouvelle Journée*, n. 23, 1925 (reimprimé. Université de Caen, 1990).

\_\_\_\_\_. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1927 (Préface).

\_\_\_\_\_. *Principes de droit public*. Paris: Sirey, 1910.

RIVERO Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1983, p. 243.

\_\_\_\_\_. Existe-t-il un critère du droit administratif? *RDP*, Paris, 1953, p. 285.

\_\_\_\_\_. Hauriou et l'avènement de la notion de service public Hauriou. In: *Mélanges Mestre*. Paris, Sirey, 1956.

\_\_\_\_\_. Maurice Hauriou et le droit administratif. *Ann Toulouse*, 1968, p. 140 et seq.

SCHWARTZENBERG, Roger Gérard. *L'autorité de chose décidée*. Paris: LGDJ, 1969, p. 104 et seq.

SFEZ, Lucien. *Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1966, p. 333-478.

VEDEL, Georges. *Les bases constitutionnelles du droit administratif*. Paris : EDCE, 1954, p. 21 e seq.

\_\_\_\_\_. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1992, p. 243 et seq.

WEIL, Prosper. Note sous arrêt. *AJDA*, 1956, p. 267.

---

<sup>1</sup> SFEZ, Lucien. *Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1966, p. 333-478.

<sup>2</sup> RIVERO, Jean. Maurice Hauriou et le droit administratif. *Ann Toulouse*, 1968, p. 140 et seq.

<sup>3</sup> BERTHÉLÉMY. Discours à l'occasion de l'inauguration du monument élevé à Hauriou par la faculté de droit de Toulouse. *Plaquette Sirey*, Paris, 22 avr. 1931.

<sup>4</sup> RIVERO, Jean. *Maurice Hauriou et le droit administratif*, op. cit., p. 146.

- <sup>5</sup> *Loc. cit.*
- <sup>6</sup> HAURIOU, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Sirey, 1927 (Préface).
- <sup>7</sup> *Ibid.*
- <sup>8</sup> VEDEL, Georges. *Les bases constitutionnelles du droit administratif*. Paris: EDCE, 1954, p. 21 e seq.
- <sup>9</sup> HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, p. 356.
- <sup>10</sup> WEIL, Prosper. Note sous arrêt. *AJDA*, 1956, p. 267.
- <sup>11</sup> EISENMANN, Charles. *Cours de doctorat*. T. II. Paris: LGDJ, 1982, p. 743 e seq.
- <sup>12</sup> VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 2 ed. Paris: PUF, 1992, p. 243 et seq.
- <sup>13</sup> RIVERO Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1983, p. 243.
- <sup>14</sup> SFEZ, *op. cit.*, p. 406-428.
- <sup>15</sup> SCHWARTZENBERG, Roger Gérard. *L'autorité de chose décidée*. Paris: LGDJ, 1969, p. 104 et seq.
- <sup>16</sup> HAURIOU. *Précis...*, *op. cit.*, préface.
- <sup>17</sup> EISENMANN, *op. cit.*, p. 410.
- <sup>18</sup> HAURIOU, *op. cit.*, p. 110.
- <sup>19</sup> *Ibid.*, p. 113.
- <sup>20</sup> *Ibid.*, préface.
- <sup>21</sup> V., por exemplo, as páginas que ele dedica a Kelsen no seu *Compêndio de Direito Constitucional*, publicado em 1929 (Paris: Sirey).
- <sup>22</sup> SFEZ, *op. cit.*
- <sup>23</sup> *Ibid.*, p. 415.
- <sup>24</sup> RIVERO, Jean. Hauriou et l'avènement de la notion de service public Hauriou. In: *Mélanges Mestre*. Paris, Sirey, 1956.
- <sup>25</sup> COUZINET, Paul. Maurice Hauriou et le droit administratif. *Ann. Toulouse* 1968, p. 157 et seq.
- <sup>26</sup> RIVERO Jean, *ibid.*
- <sup>27</sup> SFEZ, *op. cit.*, p. 428-429.
- <sup>28</sup> SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, p. 110.
- <sup>29</sup> DELVOLLE, Pierre. *L'acte administratif*. Paris, Répertoire Dalloz (Dictionnaire permanente).
- <sup>30</sup> SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, p. 110.
- <sup>31</sup> V. notamment CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001, n. 557.
- <sup>32</sup> On peut dire que l'action d'office c'est l'exécution forcée (DE LAUBADERE; VENEZIA; GAUDEMET. *Traité de droit administratif*. T. I. Paris: LGDJ, 1999, n. 977).
- <sup>33</sup> A expressão é de SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, p. 106.
- <sup>34</sup> EISENMANN, Charles. Deux théoriciens du droit : Hauriou et Duguit. *Revue philosophique*, 1930, p. 278.
- <sup>35</sup> HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social. In: *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*. *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n. 23, 1925 (reimprimé. Université de Caen, 1990).
- <sup>36</sup> *Id.* L'institution et le droit statutaire. *Cahier de législation*, 1906, p. 134 et seq.
- <sup>37</sup> *Id.* *Principes de droit public*. Paris: Sirey, 1910.

<sup>38</sup> HAURIOU, *Précis...*, *loc. cit.*

<sup>39</sup> RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif? *RDP*, Paris, 1953, p. 285.

<sup>40</sup> SFEZ, *op. cit.*

<sup>41</sup> HAURIOU, *L'institution...*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>43</sup> EISENMANN, *Deux théoriciens...*, *op. cit.*, p. 256, note 1.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 278.

<sup>46</sup> VEDEL, Georges. *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>47</sup> EISENMANN, Charles. La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif. *RDP*, Paris, 1972, p. 1345 et seq.

<sup>48</sup> COUZINET, *op. cit.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> RIVERO, Maurice Hauriou et le droit administratif, *op. cit.*

## OS DISCÍPULOS ADMINISTRATIVISTAS DE MAURICE HAURIOU

### RESUMO

Trata-se de artigo acerca da contribuição de Maurice Hauriou ao Direito Administrativo e da possível existência de uma corrente de discípulos da doutrina propalada por este autor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Maurice Hariou. Contribuição. Direito Administrativo. Discípulos.

## MAURICE HAURIOU'S ADMINISTRATIVE LAW DISCIPLES

### ABSTRACT

This is an article about the Maurice Hauriou's contribution to Administrative Law and also about a part of the doctrine that we could suppose as his disciples.

**KEYWORDS:** Maurice Hauriou. Contribution. Administrative Law. Disciples.

# DEMOCRACIA E EXCLUSÃO SOCIAL EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO

*Friedrich Müller\**

## RESUMO

O presente ensaio aborda o termo “democracia” diante das idéias de “governo” e “povo”. A partir da fixação da premissa “povo ativo”, busca-se desvendar o papel deste num Estado Democrático de Direito. O problema da exclusão social afeta, essencialmente, este conceito e sua aplicação prática nos Estados modernos, sendo mais prejudicados aqueles emergentes e os subdesenvolvidos. A globalização é analisada como fator determinante para o acirramento desta exclusão social. Por fim, são propostas medidas políticas, jurídicas e sociais para combater a globalização do capital oligopolista e, em contrapartida, desenvolver a globalização da democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Povo. Estado de Direito. Estado do Bem-Estar Social. Exclusão social. Globalização.

“Democracia” é uma expressão bastante indeterminada, isto é, utilizada de vários modos, freqüentemente opostos. A história do termo oferece os significados de “governo” e “povo”; mas se isso resulta em algo como “governo do povo”, é, justamente, a questão.

Ocorre que a referência ao povo é necessária às diferentes concepções de democracia, pois elas precisam legitimar-se. O sistema deve poder representar-se como se funcionasse com base na soberania popular, na auto-determinação do povo, na igualdade de todos e no direito de decidir de acordo com a vontade da maioria. Devem haver, também, chances iguais para os partidos políticos chegarem ao poder e o direito à oposição legal. Só que a teoria tradicional da democracia não deixa claro como o exercício do poder estatal pode ser retroreferido “ao povo”, concretamente.

---

\* Professor Catedrático Emérito em Direito Constitucional, Filosofia do Direito e do Estado e Teoria Geral do Direito na Universidade de Heidelberg.

Para definir um sistema democrático, pode-se começar verificando empiricamente os modos lingüísticos de utilização da palavra “povo” nos textos das normas do direito vigente, sobretudo nas constituições. Dessa análise, resultam vários modos de utilização. O primeiro deles é, também, o único que, até agora, foi usado na bibliografia da Ciência do Direito como conceito jurídico de “povo”: os titulares dos direitos eleitorais. Denomino esse modo de utilização “povo ativo”. Isso basta para o Poder Legislativo, na medida em que se compreende, graças à idéia de representação, que “o povo” é, indiretamente, a fonte da legislação. Mas isso não funciona no caso das atividades dos Poderes Executivo e Judiciário, que, afinal de contas, também devem ser “demo”craticamente justificadas. O povo ativo decide diretamente ou elege os seus representantes, os quais co-atuam, em princípio, nas deliberações sobre textos de normas legais que, por sua vez, devem ser implementadas pelo governo e controladas pelo Judiciário.

Na medida em que isso é feito corretamente em termos do Estado de Direito, aparece, no entanto, uma contradição no discurso da democracia: por um lado, faz sentido dizer que os governantes, os funcionários públicos e os juízes estariam democraticamente vinculados; mas não faz sentido dizer que, aqui, o povo ativo ainda estaria atuando “por intermédio” de seus representantes. Onde funcionários públicos e juízes não são eleitos pelo povo, a concretização de leis não basta para torná-los representantes deste mesmo povo. O ciclo da legitimação foi rompido, ainda que de forma democrática; mas ele foi rompido. Os vínculos são cortados de forma não-democrática quando a decisão executiva ou judicial for ilegal; aqui, o povo invocado pelo titular do respectivo cargo (“em nome do povo, profiro a seguinte sentença...”) produz somente o efeito de um ícone, de um mero *passé-partout* ideológico.

No caso já mencionado, ou seja, na decisão defensável em termos do Estado de Direito, o papel do povo apresenta-se diferentemente: como instância de uma atribuição global de legitimidade. Tal papel transcende, na sua abrangência, o povo ativo; abrange todos os que pertencem à nação.

Além disso, as decisões dos órgãos que instituem, concretizam e controlam as normas afetam a todos aqueles aos quais dizem respeito: o “povo” enquanto população efetiva. Uma democracia legitima-se a partir do modo pelo qual ela trata as pessoas que vivem no seu território - não importa se elas são ou não cidadãs, ou titulares de direitos eleitorais. Isso se aproxima, finalmente, da idéia central de democracia: autocodificação, no direito positivo, ou seja, elaboração das leis por todos os afetados pelo código normativo. O princípio *one man, one vote* (pensado em outra acepção) também pode ser compreendido não com vistas a uma camada social específica, mas com vistas à qualidade humana de cada pessoa afetada, independentemente da cidadania. Desse povo-destinatário, ao qual se destinam todos os bens e serviços providos pelo Estado Democrático de Direito, fazem parte todas as

peçoas, independentemente, também, de idade, estado mental e status em termos de direitos civis.

Democracia é direito positivo de toda e qualquer pessoa, no âmbito da sua “- cracia”. Nesse contexto, aqueles que não consideram o problema da exclusão social, usam a expressão “povo” de forma meramente icônica; eles não são democratas, não participam do discurso democrático.

A exclusão desenvolve uma dinâmica fatal. Já em 1821, Hegel, ao analisar a sociedade capitalista nos seus primórdios, estabeleceu, em *Princípios da Filosofia do Direito*, que a pauperização econômica acarretaria enormes desvantagens em termos de educação, formação profissionalizante, cultura, grau de informação, sentimento de justiça e autoestima. Resta acrescentar que um padrão de vida excessivamente baixo, o empobrecimento da família e o estigma do bairro residencial errado; a comunicação, pela gerência do banco, do encerramento da conta corrente; a exclusão crescente da vida social, cultural e política; enfim, o enfraquecimento do sentimento de valor próprio, a falta de “reconhecimento”, têm como um de seus efeitos mais perversos a paralisação, enquanto seres políticos, das pessoas afetadas. O descenso econômico leva rapidamente à privação sócio-cultural e à apatia política – o que, quase sempre, satisfaz aos desígnios das esferas dominantes da sociedade. O “desfavorecimento”, mesmo em apenas uma área parcial, produz uma “reação em cadeia de exclusão” que resulta, não em último lugar, na “pobreza política”.

A dimensão mais perigosa desse escândalo estrutural está, provavelmente, no fato de que as batalhas no terreno da economia política e da política ainda têm que ser complementadas por batalhas no campo jurídico, pois a injustiça econômica, social e política é acrescida da falta de equidade jurídica. Assim, os indefesos, pobres e marginais não podem mais contar com proteção jurídica; são, por assim dizer, liberados para a caça. O resultado é a violência nas cidades (contra meninos de rua, favelados e outros), no campo (contra posseiros, sem-terra, índios e outros) e, em toda parte, contra grupos e minorias (por exemplo, crianças, adolescentes, mulheres, homossexuais, população negra, comunidades indígenas, migrantes nordestinos), como diagnóstico característico dos conflitos em torno dos direitos humanos no Brasil.

Esse horror é efetivamente institucionalizado no Direito Penal pela impunidade sistemática dos agentes estatais e empresariais; e, na política e na burocracia, pela corrupção. As vítimas não são apenas as pessoas; com elas, vitima-se também a democracia, o Estado de Direito, o Estado de Bem-Estar Social e o direito de defesa contra o Estado, bem como os direitos de participação e, sobretudo, a centralidade do princípio da “igualdade perante a lei”.

A exclusão, nesse sentido forte do termo, ultrapassa a não-filiação e a não-integração, se se quiser entender por isso apenas a “marginalização” ou a “heterogeneidade estrutural”. Sociedades modernas geram inclusão e ex-

clusão como diferença funcional. Existem, então, diferenças de classe ou entre camadas sociais no âmbito de uma inclusão geral, ainda que mais ou menos desigual (paradigma do Estado de Bem-Estar Social). Mas, com a exclusão no sentido forte do termo, aqui analisada, a sociedade industrial se torna parcialmente disfuncional, entra em grave regressão, deixando que a ordem social e jurídica seja fragmentada. Grandes parcelas da população, por um lado, dependem dos sistemas funcionais vitais, mas, simultaneamente, não têm, a priori (no caso da exclusão primária), acesso às suas prestações materiais, ou deixam de tê-lo, como ocorre no caso da exclusão secundária, do empobrecimento e do descenso social maciço, tão nítido nos países do Grupo dos Sete.

O Brasil é estigmatizado amplamente pela exclusão primária. A práxis estatal, para-estatal e econômica ab-roga aos excluídos a dignidade humana e mesmo, na atuação do aparelho repressivo, a qualidade de seres humanos: assim, verificam-se a negação das garantias jurídicas e processuais, a perseguição física, as “execuções” sem processo e a impunidade dos agentes da opressão e das chacinas.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), dois bilhões de pessoas estão desempregadas ou subempregadas, e mais de um bilhão vivem na pobreza. O número de analfabetos chega a um bilhão, mais de 800 milhões experimentam fome aguda e o exército dos desabrigados aumenta praticamente em todos os países. Quase quatro bilhões de pessoas vivem em países com uma renda *per capita* anual inferior a mil e quinhentos dólares.

Essa miséria não cai do céu; e cada vez menos ela pode ser atribuída ao chamado subdesenvolvimento. A desregulamentação em escala mundial, designada de forma semanticamente inofensiva com o termo “globalização”, elimina, por exemplo, tarifas alfandegárias destinadas a proteger produtores e mercados locais e regionais. Assim, produtores de países pequenos submetem-se a uma concorrência internacional que, muitas vezes, não conseguem enfrentar. Fica minada a possibilidade de os governos nacionais protegerem sua economia e monitorarem com autonomia os seus sistemas financeiros.

A tendência à ampliação do mercado de trabalho esvazia a influência dos sindicatos e neutraliza o efeito de padrões normativos para a proteção ao trabalhador. Os agricultores do chamado Terceiro Mundo são inseridos na produção para o mercado mundial, enquanto seus próprios países passam a depender de importações de gêneros alimentícios. A concorrência internacional destrói o artesanato local; a quantidade de empregos eliminados supera a quantidade dos empregos criados por investimentos estrangeiros. Os recursos naturais são devastados em grau alarmante.

Muitas normas jurídicas dos países afetados surgiram em meio a longas lutas do movimento operário e de outras formas de legítima defesa, para limitar o abuso desenfreado por parte dos sistemas de exploração e coloniza-

ção dos séculos XIX e XX. Tais normas são enfraquecidas ou abolidas, inclusive aquelas mais recentes sobre a proteção ao meio ambiente e aos fundamentos elementares da vida de todas as pessoas (direitos sociais) - o que equivale a uma nova transformação (proveniente dos Estados Unidos) dos mercados financeiros e comerciais internacionais, que pode ser caracterizada como uma nova forma de colonialismo acirrado. As crises de importantes economias asiáticas, da economia mexicana e, depois, da sul-africana - e, agora, da Argentina - mostram quão frágeis e vulneráveis se tornam economias nacionais individuais. Indiretamente, também se enfraquece todo o conjunto de economias, em decorrência da monetarização global, que leva à adequação forçada dos países individuais a uma monocultura econômica ocidental, motivada, exclusivamente, pela maximização do lucro.

A democracia tem instrumentos para superar tal crise, mas, atualmente, os ataques ao potencial democrático de monitoramento das crises vêm de todos os lados: a soberania dos parlamentos e governos nacionais se reduz e faltam meios político-democráticos para estabilizar, em escala mundial, o frágil sistema de uma economia de livre mercado. Esse sistema de capitalismo “avançado” revela ser absolutamente destrutivo: a fome e a miséria aumentam e a extensão do consumo de recursos e da destruição do meio ambiente produz, cada vez mais, o colapso do planeta. Nas palavras de Niklas Luhmann, com referência à Índia, à África e ao Brasil, mas também a partes dos Estados Unidos, exclusão crescente significa a “produção” de milhões de corpos humanos que são expulsos de todas as redes de comunicação socialmente necessárias: “Ao passo que na esfera da inclusão as pessoas contam enquanto pessoas, na esfera da exclusão parece que somente os seus corpos têm importância”.

A miséria maciça cresce, também, nos países ricos, em forma de êxodos maciços em escala mundial, terrorismo e reimportação, pela via dos ciclos ecológicos, de lixo tóxico “exportado”, bem como por meio de catástrofes climáticas generalizadas; pela formação de guetos de miséria nas áreas de alta densidade demográfica dos países industrializados; e pelo crescimento da criminalidade organizada que, praticamente, não pode ser combatida apenas com sanções penais. O capital que age legalmente “se confunde” com o capital que age criminosamente.

Do ponto de vista econômico, a concentração da renda aumenta cada vez mais. Em nenhuma região do mundo a distância entre os mais ricos e os mais pobres se acentua tanto como nos países emergentes da América Latina: situa-se entre seis vezes (Costa Rica) a quinze vezes (Brasil), o que quer dizer que os 10% dos brasileiros mais ricos percebem uma renda quinze vezes superior à dos 40% mais pobres. Pode-se constatar que essa desproporção é maior no Brasil, em comparação com todos os países do mundo acerca dos quais dispomos de dados estatísticos.

A seguir, apresento alguns outros pontos importantes para o tema desta conferência: o núcleo operativo da “globalização”; as especificidades da

América Latina e, especialmente, do Brasil; o estatuto histórico da política globalizadora; o papel do Estado nessa política e os efeitos desta sobre a democracia.

Se podemos falar de “globalização”, trata-se de uma globalização sob a lei do capital; em outras palavras, a mundialização é uma monetarização.

Na América Latina, o capitalismo tem raízes essencialmente mais tênues do que nos países industrializados da Ásia; por isso, os habitantes dessa região já se viram obrigados a acumular mais experiências com suas crises, sobretudo no sentido do “entra e sai” dos investidores internacionais. Até a ocorrência da crise mexicana e, em medida menor, também depois dela, o subcontinente era considerado uma boa localização para investimentos. No momento, o capital está novamente batendo em retirada – com grandes turbulências, conforme se deve temer.

A democracia exige que processos econômicos sejam inseridos em processos sociais. Contrariamente ao que afirma o ultraliberalismo, há fortes razões para supor que pelo menos uma determinada classe de problemas – aqueles relativos a políticas de redistribuição - necessita da intervenção do Estado, tanto hoje, como no passado. Na situação atual, isso parece requerer a ajuda de conjuntos de regras internacionais, na medida em que o Estado-nação não pode mais, sozinho, produzir e impor suas regras. Assim, os processos de mercado, livres do controle estatal, tendem a fazer com que a soberania dos estados constitucionais, e até sua legitimidade democrática, degererem, paulatinamente, em farsa.

As chamadas “forças do mercado” não são nem leis da natureza, nem leis históricas com dignidade superior, às quais a política deveria sujeitar-se. A polêmica ultraliberal tenta fazer esquecer que a corrupção e o nepotismo não são estranhos a grandes formações econômicas e que amplas partes do setor privado, por sua vez, são superdimensionadas e burocratizadas. Assim, “a conhecida crítica do Estado formulada pelos ideólogos do mercado traduz o temor de que o Estado possa vir a representar o interesse público de forma excessivamente eficiente”.

Ao contrário do que apregoam os meios de comunicação controlados por grandes grupos econômicos, a dominação dos mercados, cada vez mais desenfreada, não leva a sociedades liberais - no sentido etimológico do termo, já que liberalismo vem do vocábulo latino “liber” (livre) - e comprometidas com a democracia e com os princípios do Estado de Direito. Na verdade, só a duras penas um Estado constitucional se constitui e se afirma política e juridicamente como Estado livre. De qualquer modo, um Estado constitucional democrático deve regular e influenciar os mercados tão amplamente que a sociedade possa continuar sendo razoavelmente livre e justa.

Os modos pelos quais a monetarização global ameaça a democracia já foram mencionados. Cumpre salientar que o ataque mais profundo nessa

direção provém da exclusão social, a qual se amplia e agrava graças à globalização, como indicam as evidências empíricas. A exclusão se afirma inequivocamente às expensas do Estado Democrático de Direito e do Estado de Bem-Estar Social; ela deslegitima o governo, pois faz com que o povo ativo, o povo enquanto instância de atribuição e o povo-destinatário degenerem em “povo” como ícone.

Num grau mais acentuado, a exclusão chega até a “desestatizar” o Estado constitucional exigente, que só pode ser justificado como Estado universal e não como um Estado ao qual se sobrepõe tiranicamente o metacódigo inclusão/exclusão. E no grau no qual os mercados globais ditam a política e tornam inoperantes as chances de monitoramento por parte dos governos, o conceito de democracia cai no vazio, como freqüentemente tem ocorrido.

Especificamente, com vistas ao caso brasileiro, Celso Furtado, para citar um exemplo, afirmou que a sujeição ao capital estrangeiro causaria um “risco crescente de ingovernabilidade do país”. Num mercado global sem Estado(s), o capital móvel sobrepõe-se a parlamentos e governos eleitos, minando, conseqüentemente, o comprometimento destes com o Estado de Direito e o Estado de Bem-Estar Social, com a proteção ambiental e a distribuição defensável e responsável de bens escassos. A concretização da ameaça de “mudança de localização” depende somente do cálculo de benefícios do respectivo grupo empresarial; mas ela solapa (eventuais) motivações e compromissos dos governos destarte chantageados, com o bem-estar da coletividade. E com isso se subtrai o fundamento, precisamente, àqueles métodos democráticos pelos quais conquistas – como, por exemplo, os direitos humanos - e objetivos políticos – como, por exemplo, a proteção ambiental - deveriam ser tratados e assegurados.

Nos países pouco desenvolvidos e nos países emergentes, cresce a consciência de que um crescimento econômico global, contabilizado em termos meramente monetários e estatísticos e destituído de padrões condizentes com o Estado de Direito, quer dizer, sem *good governance*, longe de contribuir para pacificar essas sociedades, agrava seu potencial conflitivo e contribui para a desestabilização política.

Com vistas aos EUA, o decano da economia liberal de esquerda, John Kenneth Galbraith, prognostica a ruptura da sociedade, caso o mercado sem freios possa continuar cindindo o país em três partes: os ricos, a camada média em via de desaparecimento e os excluídos, cujo número cresce dia a dia. Autores como William Lewis e Lester Thurow percebem que nos EUA e nos países industrializados restantes a estrutura social está se rompendo em pedaços, no prazo mais longo: “O capitalismo pode conviver com isso, mas a democracia, não”, escreve o professor do Massachusetts Institute of Technology.

Um tema especial, que nos limites desta conferência pode apenas ser sugerido, consiste nos efeitos da exclusão sobre a democratização, especial-

mente em casos mais complexos de transições políticas para sistemas que, a priori, poderiam ser definidos como “democráticos”.

O Brasil teve de distanciar-se de um regime militar precedente e a elaboração e promulgação de sua constituição, como se sabe, ocorreram no contexto de uma transição pactuada, e não revolucionária. O peso quase opressivo do seu regime presidencialista conduz, em uma sociedade civil ainda insuficientemente organizada e mobilizada, ao que se chama, nas pesquisas sobre os processos de transição, democracia “defeituosa”, uma vez que a exequibilidade de uma política democrática fica prejudicada pela falta de estruturas próprias ao Estado de Direito. Infelizmente, o País já experimentou formas intermediárias entre a democracia e a dominação mais ou menos autoritária; felizmente, os brasileiros não carecem de reflexão acerca dessas experiências, como indicam termos como *ditabranda* ou *democradura*. Uma base ainda forte dessas formas híbridas é a estrutura política, em grande parte arcaica: ela é constituída por uma casta de régulos estaduais, “caciques” que agem de forma clientelista nos Estados-Membros; por “representantes do povo”, cujo comportamento político nestes Estados, e também no plano da federação é, praticamente, não-controlável e que, por sua vez, conformam-se ao clientelismo regional e presidencialista.

Para fazer frente a esse quadro, é importante que na esfera das “massas” mais ou menos organizadas, ou organizáveis, existam um interesse e um empenho reais pela democratização exitosa, ao menos com vistas ao longo prazo. Sem comunicação e cooperação com esse fator, nenhuma elite consegue manter-se no poder, indefinidamente. A democratização, que se constrói com mais chances de êxito “de baixo” do que “de cima”, processa-se precisamente a partir de uma multiplicidade de iniciativas de auto-ajuda, de auto-proteção, de afirmação dos direitos civis e de outras formas de resistência. Mas, justamente aqui a exclusão social é gravemente impeditiva e deve ser combatida com todas as forças, com vistas à realidade (futura) de um sistema democrático.

A questão colocada pelo tema deste texto não deve ser respondida apenas em termos éticos; daí que tenha sido necessário operacionalizar melhor conceitos centrais, de modo a possibilitar enunciados quantitativos. Nessa perspectiva, a miséria maciça, primordialmente econômica, diz respeito ao povo-destinatário; a miséria sócio-cultural, que acarreta a apatia política, diz respeito ao povo ativo; e a exclusão jurídica em acepção mais estrita (violência ilegal, desigualdade inconstitucional, negação da proteção jurídica, impunidade dos responsáveis pela opressão) consiste em violações do status do povo como instância de atribuição.

No campo das causas, os sistemas democráticos não podem tolerar um “mais” da forma até agora existente da monetarização mundialmente desregulamentada nem, por princípio, seu grau atingido até o presente. Os processos de democratização em países pouco desenvolvidos e em países

emergentes podem, com isso, sofrer danos – talvez irreparáveis. Nos países centrais, a democracia, por sua vez, já está em vias de sofrer danos visíveis.

Com relação aos efeitos estáticos, isto é, dificilmente elimináveis da exclusão nos países individuais, em relação aos seus sintomas cotidianos, se somarmos todos os indicadores no âmbito da “cadeia” descrita, inclusive a apatia política, que se expressa também no comportamento eleitoral, o limite do que ainda se pode tolerar é a maioria qualificada para a alteração da constituição do respectivo sistema político. Se ela for atingida ou ultrapassada, a democracia desse país, temporária ou permanentemente, existirá apenas no papel; então, o sistema democrático será apenas *law in the books*, não mais *law in action*. Esta é uma situação que nenhum democrata pode tolerar.

Tal evolução não pode coexistir com uma democracia dotada de vitalidade. A democracia justifica-se a partir do povo, deve servir ao povo ativo, ao povo enquanto instância de atribuição e ao povo-destinatário, quer dizer, aos titulares dos direitos eleitorais, acrescidos de todos os cidadãos, acrescidos de todas as pessoas no âmbito do seu ordenamento constitucional. *A democracia é a forma estatal da inclusão.*

A democracia é um direito positivo de todo e qualquer ser humano. Mais globalização da espécie que conhecemos até o momento seria letal para a democracia; o grau atingido já è altamente perigoso. Como podemos sair novamente desse abismo?

Muitas medidas são discutidas. Quero mencionar aqui algumas poucas, atinentes às políticas jurídica e social: objetivos mais claros de uma compensação nos termos de Estado de Bem-Estar Social; finalmente, uma reforma agrária eficaz; créditos fiscais sistemáticos para os *working poor*, investimentos dramaticamente mais elevados na educação, na formação escolar e acadêmica e na formação profissionalizante, não apenas por parte do Estado, mas - mediante ordens juridicamente formuladas – também por parte das empresas; levar a sério e implementar coerentemente o direito vigente (*not last*, os direitos humanos, o Direito Trabalhista e Previdenciário, a tutela jurídica processual em todas as áreas).

Outras medidas jurídico-institucionais da maior urgência são um combate enérgico em favor da igualdade de todas as pessoas perante a lei, a ser realizado concretamente em prol da equiparação das mulheres, dos grupos excluídos da população, do *status* jurídico de crianças e adolescentes, em prol do desenvolvimento de regiões negligenciadas. É também de central importância eliminar a impunidade na aplicação do Direito Penal e tornar eficazes as garantias processuais e outras garantias procedimentais para cada pessoa afetada, independentemente da sua camada social.

E tudo isso necessita de uma reforma enérgica do aparelho judiciário. O Judiciário deve tornar-se inteiramente independente do Poder Executivo, deve poder aparecer, no pleno sentido desse termo, como *Terceiro Poder*. O

*Estado deve ser arrancado finalmente da sua privacidade, estruturalmente ainda feudal, deve tornar-se público no sentido moderno do termo, deve, para dizê-lo em termos jurídicos, ser tratado como ente de Direito Público. E essa qualidade fundamental de uma república com uma efetiva divisão dos poderes e um efetivo controle dos poderes deve ser fiscalizada por uma práxis independente dos tribunais, cuidadosamente e em estrita fidelidade à constituição.*

A partir da nova situação política no Brasil, com um novo exercício da Presidência, vivemos talvez – a mais longo prazo - um novo começo histórico, ainda a se denominar: esperançoso e, mais que isso, com uma oportunidade real de mudança democrática pacífica, ou seja, uma mudança de uma sociedade que até o momento se caracterizava pela desigualdade, pela injustiça e, em parte, detentora de conformação pré-democrática. As expectativas que emanam do Brasil, vão muito além do País, alcançando mesmo o cenário internacional.

Contra a globalização do capital oligopolista, há que *globalizar a democracia* – em formas estruturadas democraticamente em si mesmas, enquanto auto-organização móvel, com um “povo” global a ser criado, paulatinamente, por meio da resistência, enquanto ator e veículo da comunicação na esfera pública mundial, da crítica e da formulação de opções melhores: com vistas a uma sociedade mundial futura, na qual a economia exista novamente em função das pessoas, e onde a estas seja possível decidir democraticamente seus destinos na condição de membros iguais de uma sociedade não excludente.

## DEMOCRACY AND SOCIAL EXCLUSION AS RELATED TO GLOBALIZATION

### ABSTRACT

This essay analyses the expression “democracy” as related to the notions of “government” and “people”. From the idea of “active people”, the author endeavours to unveil the role of the abovementioned active people in a Democratic State based on the Rule of Law. The issue of social exclusion affects the notion of active people and its use in the reality in modern States, especially the underdeveloped and the so-called “emerging countries”. Globalization is examined as an important contributing element to the growth of social exclusion. Ultimately, the author proposes political, juridical and social measures in order to strive against the globalization as promoted by the oligopolistic capital and, on the other hand, to promote the globalization of democracy.

**KEYWORDS:** Democracy. People. Rule of Law. Welfare State. Social Exclusion. Globalization.

## DÉMOCRATIE ET EXCLUSION SOCIALE EN FACE DE LA MONDIALISATION

### RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur la "démocratie" en face des idées du "gouvernement" et du "peuple". À partir de la fixation de la prémisse "peuple actif", il cherche démasquer le rôle de celui-ci dans un État démocratique de droit. Il s'agit aussi d'aborder le problème de l'exclusion sociale, qui touche, essentiellement, ce concept-là ainsi que son application pratique dans les États modernes - étant plus endommagés ceux émergentes et ceux sous-développés. La mondialisation est analysée comme un facteur déterminant pour l'accroissement de cette exclusion sociale. Finalement, il propose des mesures politiques, juridiques et sociales pour combattre la mondialisation du capital oligopoliste sans perdre de vue le développement la mondialisation de la démocratie.

**MOTS-CLÉS:** Démocratie. Peuple. État de droit. État du Bien-être Social. Exclusion sociale. Mondialisation.

# DEMOKRATIE UND SOZIALE AUSGRENZUNG ANGESICHTS DER GLOBALISIERUNG\*

Friedrich Müller\*\*

## ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Aufsatz behandelt das Thema "Demokratie" angesichts der Ideen von "Herrschaft" und "Volk". Ausgehend von der Bestimmung der Prämisse "Aktivvolk" wird versucht, die Rolle von diesem in einem demokratischen Rechtsstaat zu enthüllen. Das Problem der sozialen Exklusion betrifft essentiell dieses Konzept und seine praktische Anwendung in den modernen Staaten, wobei die weniger entwickelten und Schwellenländer am stärksten benachteiligt sind. Die Globalisierung wird als entscheidender Faktor für die Verschärfung dieser sozialen Ausgrenzung analysiert. Schließlich werden politische, rechtliche und soziale Maßnahmen vorgeschlagen, um die Globalisierung des oligopolistischen Kapitals zu bekämpfen und dagegen die Globalisierung der Demokratie zu entwickeln.

**SCHLÜSSELWÖRTER:** Demokratie. Volk. Rechtsstaat. Wohlfahrtsstaat. Soziale Exklusion. Globalisierung.

"Demokratie" gehört zu den unbestimmtesten Ausdrücken; will sagen: zu denen, die am unterschiedlichsten, und oft gegensätzlich verwendet werden. Die Wortgeschichte bietet uns immerhin "Herrschaft" und "Volk" an; aber ob daraus so etwas wie Volksherrschaft werde, fragt sich gerade.

Die Referenz auf das Volk ist den verschiedenen Konzepten aber notwendig; sie müssen sich legitimieren. Das System muß sich so darstellen können, auf der Grundlage von Volkssouveränität und Selbstbestimmung des Volkes zu funktionieren; auf der Basis freier Entfaltung eines jeden und

---

\* Esta versão original foi digitada por Sergio Barreira a partir de um documento impresso. As duas últimas páginas foram por ele traduzidas da versão em português para o alemão, com a revisão do próprio autor. Sérgio Krieger Barreira é tradutor autônomo, formado em Ciências Regionais da América Latina pela Universidade de Colônia (Ciências Políticas, Economia, História Ibérica e da América Latina e Letras); ex-docente de Literatura Portuguesa e Brasileira no Instituto Luso-Brasileiro da Universidade de Colônia e doutorando em História Ibérica e da América Latina pela Universidade de Colônia.

\*\* Para uma apresentação do autor, conferir versão em língua portuguesa.

der Gleichheit aller, der Chancengleichheit für politische Parteien und des Rechts auf legale Opposition, kraft jeweiliger Mehrheit zu entscheiden. Wie amtliches Handeln, staatliche Machtausübung allerdings im einzelnen 'auf das Volk' sollen zurückgeführt werden können, wird in der herkömmlichen Demokratielehre nicht klar.

Um ein demokratisches System zu definieren, läßt sich das empirisch so ansetzen, die sprachlichen Gebrauchsweisen des Ausdrucks "Volk" in Normtexten des geltenden Rechts zu überprüfen, vor allem in Verfassungsurkunden. Dabei ergeben sich mehrere Weisen der Verwendung. Die erste unter ihnen ist zugleich die einzige, die bisher in der rechtswissenschaftlichen Literatur als juristischer Begriff von "Volk" geführt wurde: die Wahlberechtigten. Ich nenne ihn "Aktivvolk". Das genügt für die Legislative, soweit man, wie üblich, dank des Gedankens der Repräsentation "das Volk" indirekt als Quelle der Gesetzgebung faßt. Es versagt aber bereits für die Tätigkeit von Exekutive und Rechtsprechung, die doch auch "demo"kratisch gerechtfertigt sein sollen. Das Aktivvolk stimmt, wo das normativ ermöglicht wird, beim Referendum ab; oder es wählt seine Vertreter. Diese wirken, im Prinzip, beim Beschluß über gesetzliche Normtexte mit; und diese sind dann durch Regierung, Verwaltung und Justiz umzusetzen.

Soweit das rechtsstaatlich korrekt erfolgt, zeigt sich aber ein Widerspruch im Demokratiediskurs: es ist zwar sinnvoll, zu sagen, die Richter oder Beamten seien dabei demokratisch gebunden; nicht aber, hier sei "mittelbar" noch immer das Aktivvolk tätig. Wo es keine Volkswahl von Beamten und Richtern gibt, reicht das Konkretisieren von Gesetzen dafür nicht aus. Der Kreislauf der Legitimierung ist zwar nicht undemokratisch unterbrochen, aber er ist unterbrochen. Undemokratisch zerschnitten ist das Band dort, wo die exekutivische oder judizielle Entscheidung ungesetzlich ist; hier wirkt das Volk, auf das sich der Amtsträger beruft ("Im Namen des Volkes ergeht folgendes Urteil"...), nur noch als Ikone, nur noch als ideologisches Versatzstück.

Bei rechtsstaatlich vertretbarer Entscheidung, im ersten Falltypus, stellt sich die Rolle des Volkes anders dar: als Instanz einer globalen Zurechnung von Legitimität. Dieses Zurechnungsvolk geht in seinem Umfang über das Aktivvolk hinaus, es umfaßt alle Staatsangehörigen.

Darüber noch hinaus betreffen die Beschlüsse der normsetzenden, normkonkretisierenden und normkontrollierenden Organe alle in ihnen genannten Adressaten, alle "die es angeht": das "Volk" als tatsächliche Bevölkerung. Eine Demokratie ist nicht zuletzt dadurch legitimiert, wie sie die auf ihrem Gebiet lebenden Menschen behandelt – gleichgültig ob sie Staatsbürger bzw. wahlberechtigt sind oder nicht. Das nähert sich endlich dem urdemokratischen Kerngedanken: Selbstcodierung im positiven Recht durch alle vom normativen Code Betroffenen. Der (anders gemeinte)

Grundsatz “one man, one vote” kann auch so verstanden werden, nicht schichtspezifisch, sondern nach der Menschenqualität eines jeden Betroffenen. Zu diesem Adressatenvolk, dem die zivilisatorischen Leistungen des demokratischen Rechtsstaats gelten, zählen einfach alle, unabhängig auch vom Alter, vom mentalen Zustand und vom Status der “bürgerlichen Ehrenrechte”.

Demokratie ist positives Recht eines jeden Menschen im Bereich ihrer “-kratie”. Für wen soziale Exklusion hierbei keine Rolle spielt, der verwendet “Volk” bloß ikonisch; er ist kein Demokrat, kein Teilnehmer am demokratischen Diskurs. [...]

Exklusion entfaltet eine fatale Dynamik. 1821 hielt bereits Hegel, die frühkapitalistische Gesellschaft analysierend, in seinen “Grundlinien der Philosophie des Rechts” fest, mit wirtschaftlicher Verelendung seien vor allem auch verheerende Nachteile der Bildung und Ausbildung verbunden, der Kultur, des Informationsgrads, des Rechts- und des Selbstwertgefühls. Dessen Schwächung, der Mangel an “Anerkennung”, bleibt hinzuzufügen, führt zur Lähmung der betroffenen Menschen als politischer Wesen: zu niedriger Lebensstandard, familiäre Verarmung, das Stigma des falschen Wohnviertels, das Aufkündigen des Kontos durch die Bank, zunehmender Ausschluß vom sozialen, kulturellen und politischen Leben, sich verschärfende Chancenlosigkeit. Ökonomischer Abstieg führt rasch zu soziokultureller Depravation und zu – den herrschenden Kreisen meist gut ins Konzept passender – politischer Apathie. “Benachteiligung in auch nur einem Teilbereich” treibt eine “Kettenreaktion der Exklusion hervor, endend nicht zuletzt in “politischer Armut”.

Das Gefährlichste in diesem strukturellen Skandal liegt wohl darin, daß das politökonomische und politische Schlachtfeld auch noch durch ein juristisches ergänzt werden; zu wirtschaftlicher, sozialer und politischer Ungerechtigkeit tritt noch die juristische: ausgegrenzte Menschen, Wehrlose, Arme, Marginale können typischerweise nicht mehr auf Rechtsschutz zählen, werden zu Freiwild – Gewalt in der Stadt (meninos da rua, favelados und andere), Gewalt auf dem Land (posseiros, sem-terra, indios, und andere) und Gewalt gegen Gruppen und Minderheiten (crianças – adolescentes, mulheres, homossexuais, população negra, comunidades indígenas, migrantes nordestinos) als für die Situation der Menschenrechtskonflikte in Brasilien kennzeichnende Befunde.

Abgestützt wird dieser de facto institutionalisierte Horror im Strafrecht durch systematische Straffreiheit für die staatlichen und unternehmerischen Täter, in Politik und Bürokratie durch Korruption. Nicht nur die Menschen bleiben auf der Strecke; mit ihnen auch Demokratie, Rechtsstaat, Sozialstaat, auch Abwehrrechte gleichermaßen wie Teilhaberechte, vor allem die zentrale “Gleichheit vor dem Gesetz”.

Exklusion in diesem starken Sinne geht über die Nichtzugehörigkeit und Nichtintegration hinaus, wenn man darunter nur "Marginalisierung" oder "strukturelle Heterogenität" verstehen will. Moderne Gesellschaften erzeugen Inklusion und Ausschluß als funktionale Differenz. Es gibt dann Klassen- oder Schichtunterschiede im Rahmen einer allgemeinen, wenn auch mehr oder weniger gleichmäßigen Inklusion (Wohlfahrtsstaatlichkeit). Mit der hier untersuchten Exklusion im starken Sinn des Begriffs wird die Industriegesellschaft dagegen zum teil dysfunktional, gerät sie in eine schwerwiegende Regression; läßt sie es zu, daß sich Gesellschafts- und Rechtsordnung segmentär aufspalten. Große Teile der Bevölkerung sind dann zwar von den lebenswichtigen Funktionssystemen abhängig, haben aber zugleich zu deren Leistungen a priori keinen (im Fall der primären) bzw. keinen Zugang mehr (im Fall der sekundären Exklusion, der Verarmung, des massenhaften sozialen Abstiegs, so deutlich in den G-7-Ländern).

Brasilien ist weithin von primärer Exklusion gezeichnet. Auch die Verfassung steht unter dieser Superstruktur, unter diesem Metacode. Die staatliche, parastaatliche und ökonomische Praxis aberkennt den Ausgeschlossenen die Menschenwürde, ja im Handeln des Repressionsapparats die Menschqualität: Verweigern der Rechts- und Verfahrensgarantien, physische Verfolgung, "Exekution" ohne Anklage und Prozeß, Strafflosigkeit der Unterdrückungs- und Tötungsagenten.

Im Einklang mit der Weltarbeitsorganisation (ILO) sind zwei Milliarden Menschen arbeitslos oder unterbeschäftigt, mehr als eine Milliarde lebt in Armut, über 800 Millionen hungern akut. Die Zahl der Analphabeten erreicht die Milliardengrenze, der Heer der Obdachlosen wächst in so gut wie allen Ländern. Im nationalen Durchschnitt ausgedrückt, leben in Ländern mit einem jährlichen Pro-Kopf-Einkommen von unter 1500 \$ knapp vier Milliarden Menschen.

Diese Misere fällt nicht vom Himmel; und aus traditioneller sogenannter Unterentwicklung erklärt sie sich nur zu einem abnehmenden Teil. Die als "Globalisierung" semantisch verharmloste weltweite Deregulierung hebt z.B. Zölle auf, die bis dahin lokale und regionale Hersteller und Märkte schützen sollen. Sie unterwirft die Produzenten kleiner Länder einem internationalen Wettbewerb, dem sie oft nicht gewachsen sind. Die Möglichkeit einheimischer Regierungen, ihre Wirtschaft zu schützen und ihre Finanzsysteme selbst zu steuern, wird tendenziell untergraben. Das prinzipielle Ausweiten des Arbeitsmarkts höhlt den Einfluß der Gewerkschaften aus und überspielt die Wirkung normativer Standards zum Schutz der Arbeit. Bauern in der sogenannten Dritten Welt werden in die Produktion für den Weltmarkt eingebunden, gleichzeitig geraten ihre eigenen Länder in Abhängigkeit von Nahrungsmittelimporten. Der internationale Wettbewerb zerstört örtliches Handwerk; mehr Arbeitsplätze gehen verloren, als durch Investitionen von außen entstehen. Nationale Ressourcen werden in alarmierendem Ausmaß geplündert. Viele rechtliche Regeln in den

betroffenen Ländern entstanden, in langen Kämpfen der Arbeiterbewegung und anderer Formen von Notwehr, um den zügellosen Mißbrauch durch Ausbeutungs- und Kolonialsysteme des 19. und des 20. Jahrhunderts zu begrenzen. Solche Regeln werden jetzt de-reguliert, einschließlich der neueren über den Schutz der Umwelt und der elementaren Lebensgrundlagen aller – ein revolutionärer Wandel (von den USA ausgehend) der internationalen Finanz- und Handelsmärkte, eine neue Form von verschärftem Kolonialismus. Der Einbruch wichtiger asiatischer Volkswirtschaften – wie in gewisser Weise vorher der mexikanischen, danach der südafrikanischen und jetzt der argentinischen – zeigt, wie labil, wie verwundbar die globale Monetarisierung einzelne Volkswirtschaften, indirekt auch den ganzen Zusammenhang, macht: durch gewaltsame Anpassung der einzelnen Länder der Welt an eine ausschließliche von maximalem Profit motivierte westliche wirtschaftliche Monokultur.

Die Attacken auf demokratisches Potential, durch Krisen zu steuern, kommen von allen Seiten: die Souveränität nationaler Parlamente und Regierungen schrumpft, und im Weltmaßstab fehlt es an politisch-demokratischen Mitteln, das labile marktliberale System zu stabilisieren. Das System des so avancierten Kapitalismus erscheint als absolut destruktiv: Hunger und Elend nehmen zu; das Ausmaß an Ressourcenverbrauch und Umweltvernichtung bewirkt, quantitativ fortgeschrieben, den planetaren Kollaps. Wachsende Exklusion bedeutet, in den Worten Niklas Luhmanns in bezug etwa auf Indien, Afrika, Brasilien, aber auch auf Teile der USA, die “Produktion” von Millionen menschlicher Körper, die aus allen gesellschaftlich notwendigen Kommunikationen fallen: “Während im Inklusionsbereich Menschen als Personen zählen, scheint es im Exklusionsbereich fast nur auf ihre Körper anzukommen”.

Das Massenelend schlägt aber zunehmend auch auf die reichen Länder zurück: als Massenflucht und weltweit steigende Migration, als Terror, als Rück-Import “exportierten” Giftmülls auf dem Weg über die ökologischen Kreisläufe, als Näherkommen allgemeiner Klimakatastrophen, als Bildung von Armutsgghettos in Ballungsgebieten der Industrieländer, als kaum mehr sanktionierbares Anwachsen organisierter Kriminalität – legal agierendes und kriminell agierendes Kapital “gehen ineinander über”.

Ökonomisch ist die sogenannte Einkommensschere in keiner Weltregion so weit gespannt wie in den Schwellenländern Lateinamerikas: zwischen “sechsmal” (Costa Rica) und “fünfzehnmal” (Brasilien); das soll heißen; die 10 Prozent der reichsten Bürger Brasiliens haben fünfzehnmal mehr Einkommen als die 40 Prozent der ärmsten. Man kann lesen, diese Disproportion sie von sämtlichen (statistisch erfaßten) Ländern der Welt in Brasilien am größten.

Im weiteren folgen jetzt einige für das Thema dieser Konferenz wichtige Einzelpunkte: der operative Kern der “Globalisierung”, Besonderheiten in

Lateinamerika und besonders in Brasilien, der historische Status globalisierender Politik, die Rolle des Staats hierbei und Auswirkungen auf die Demokratie.

Wenn man von "Global"isierung sprechen kann, so ist es eine solche unter das Gesetz des Kapitals. Die Mondialisierung ist eine Monetarisierung.

In Lateinamerika hat der Kapitalismus wesentlich dünnere Wurzeln als in den asiatischen Industriestaaten; daher hat man hier mit seinen Krisen, besonders im Sinn von "Hinein!" und "Heraus!" internationaler Investoren schon mehr Erfahrungen sammeln müssen. Bis zur Mexikokrise und in geringerem Maße auch wieder nach ihr galt der Subkontinent als guter Investitionstipp. Zur Zeit ist das Kapital wieder im Rückzug begriffen – mit, wie zu befürchten ist, besonders großen Turbulenzen.

Gerade die Demokratie erfordert es, wirtschaftliche Prozesse in soziale einzubetten – in der heutigen Lage auch mit internationalen Regelwerken, soweit der Nationalstaat nicht mehr allein den verbindlichen Rahmen vorgeben kann. Sonst machen staatsfreie Marktvorgänge die Souveränität der Verfassungsstaaten und nicht zuletzt ihre demokratische Legitimierbarkeit allmählich zur Farce.

Die sogenannten Marktkräfte sind weder natürlich noch historische Gesetze von höherer Dignität, denen sich die Politik unterzuordnen hätte. Die ultraliberale Polemik droht vergessen zu machen, daß Korruption und Nepotismus der Großwirtschaft selber nicht fremd sind, daß weite Teile der Privatwirtschaft ihrerseits überdimensioniert und bürokratisiert erscheinen: "Die zwanghafte Staatskritik der Marktideologen spiegelt die Furcht wider, daß der Staat das öffentliche Interesse zu effizient vertreten könnte".

Die neuerlich ungebremte Herrschaft der Märkte führt keinesfalls zu freiheitlichen, demokratischen, rechtsstaatlichen Gesellschaften, auch wenn die von Wirtschaftskonzernen aufgekauften Medien dies unermüdlich predigen. Umgekehrt muß ein Verfassungsstaat sich politisch und rechtlich mühsam als freiheitlichen konstituieren und behaupten; und er muß die Märkte so weit regeln und beeinflussen, daß die Gesellschaft einigermaßen frei und gerecht bleiben kann.

Es hat sich gezeigt, auf welchen Wegen globale Monetarisierung die Demokratie bedroht. Die am tiefsten eingreifende Attacke in dieser Richtung läuft aber über Exklusion; und es ist inzwischen ein Erfahrungswert, daß Globalisierung gesellschaftliche Ausgrenzung verbreitert und verschärft. Sie geht eindeutig zu Lasten des demokratischen Rechts- und Sozialstaats. Exklusion entlegitimiert, läßt Aktiv-, Zurechnungs- und Adressatenvolk zum "Volk" als Ikone entarten.

Im Ausmaß ihrer Zunahme entstaatlicht sie sogar; jedenfalls den anspruchsvollen Verfassungsstaat, der nur als allgemeiner und nicht als von Inklusion/Exklusion tyrannisch überlagerter gerechtfertigt werden kann. Und

in dem Grad, in dem die globalen Märkte die Politik diktieren und die Steuerungschancen der Regierungen ins Leere laufen lassen, wird Demokratie zu einem noch leereren Wort als oft ohnehin schon.

Speziell für den Fall Brasiliens hat etwa Celso Furtado die zunehmende Unregierbarkeit aufgrund makroökonomischer Abhängigkeiten festgehalten; die Unterworfenheit unter ausländisches Kapital verursahe ein “risco crescente de ingovernabilidade do país” (wachsendes Risiko der Unregierbarkeit des Landes). Mobiles Kapital auf einem staat(en)losen Markt überspielt gewählte Parlamente und Regierungen und damit deren Verpflichtung auf Rechtsstaat und Sozialstaat, auf Umweltschutz und verantwortbare Verteilung knapper Güter. Die Drohung mit dem Argument “Standortwechsel” hängt nur vom Nutzenkalkül des jeweiligen Konzerns ab; aber sie schlägt die (etwaigen) Gemeinwohlmotivationen der Regierung, die damit erpreßt wird, aus dem Feld. Und damit wird, an der Basis der Legitimität demokratischer Systeme, eben den demokratischen Methoden der Boden entzogen, auf dem Weg über die alle diese Errungenschaften (wie die Menschenrechte) und Politikziele (wie Umweltschutz) zu behandeln und zu sichern wären.

Was die wenig entwickelten Länder und die Schwellenländer betrifft, so wächst dort die Erfahrung, daß global angekurbeltes, bloß monetär und statistisch ausgewiesenes Wirtschaftswachstum ohne rechtsstaatliche Standards und eine Machtausübung, die sich konkret legitimieren kann, also ohne good governance, die Gesellschaften nicht etwa befriedet, sondern mit Konfliktpotential anfüllt und destabilisiert.

Und für die USA sagt der Doyen der linksliberalen Ökonomie, J.K. Galbraith, das Zerbersten der Gesellschaft voraus, wenn der ungehemmte Markt weiter das Land in drei Teile reißen könne, die Reichen, die degenerierende Mittelschicht und die anschwellende Zahl der Exkludierten. Auch Autoren wie William Lewis und Lester Thurow sehen in den USA und den übrigen Industrieländern die soziale Infrastruktur auf längere Sicht in Stücke reißen: “Der Kapitalismus kann damit fertig werden, die Demokratie aber nicht”, schreibt der Professor am Massachusetts Institute of Technology.

Ein Spezialthema, das in diesem Rahmen nur angedeutet werden kann, besteht in den Auswirkungen der Exklusion auf Demokratisierung, auf die überaus komplexen Vorgänge der Transformation in Systeme, die dann “demokratisch” zu nennen wären.

Was Brasilien angeht, so mußte es sich von einem vorhergehenden Militärregime absetzen, und trug seine Verfassungsgebung noch durchaus die Spuren eines paktierten (nicht:revolutionären) Übergangs an sich. Das fast schon wieder erdrückend gewordene Gewicht seines Präsidentialregimes führt bei einer traditionell noch zu schwach demokratisierten Zivilgesellschaft zu dem, was in der Transformationsforschung eine “defekte” Demokratie

genannt wird – zumal die praktische Durchsetzbarkeit demokratischer Politik am Mangel rechtsstaatlicher Strukturen leidet. In Brasilien fehlt es weder – leider – an Erfahrung noch auch – glücklicherweise – an Reflexion über diese Zwischenformen zwischen Demokratie und mehr oder weniger autoritärer Herrschaft; Termini wie *dictablanda* oder *democradura* zeugen davon. Eine noch fatal starke Basis für solch defekte Hybridformen bildet in Brasilien die weithin archaisch politische Struktur: mit der Herrschaft einer klientelistisch agierenden Kaste von Landesfürsten, von “Kaziken”, in den Einzelstaaten sowie – in diesen wie auch auf der Ebene der Föderation – in von den Wählern praktisch nicht kontrollierbaren Volksvertretern, die ihrerseits regionalem und präsidialem Klientelismus sich fügen.

Um so wichtiger ist es, daß auch im Bereich der mehr oder minder organisierten/organisierbaren “Massen” ein realer Faktor gelingender Demokratisierung liegt, jedenfalls auf längere Sicht: ohne Kommunikation und Zusammenarbeit mit diesen kann sich auch eine Elite nicht unbegrenzt halten. Demokratisierung, aussichtsreicher “von unten” als “von oben” kommend, vollzieht sich eben auch aus einer Vielzahl von Selbsthilfe-, Selbstschutz-, Bürgerrechts- und sonstigen Widerstandsinitiativen. Aber genau hier ist nun wiederum soziale Exklusion etwas ungemein Hinderliches, das mit allen Kräften, um der (künftigen) Realität eines demokratischen Systems willen, bekämpft und zurückgedrängt werden muß.

Die Frage, die das Thema stellt, sollte nicht nur ethisch behandelt werden; das sagte ich eingangs. Zentrale Begriffe waren besser zu operationalisieren; und das wiederum führt auf quantitative Aussagen. Primär wirtschaftliches Massenelend betrifft in dieser Perspektive das Adressatenvolk; das soziokulturelle, in politische Wirkungslosigkeit und Apathie mündende das Aktivvolk; im engeren Verstand rechtliche Exklusion (ungesetzliche Gewalt, verfassungswidrige Ungleichheit, Verweigerung von Rechtsschutz, Straflosigkeit der Unterdrückungsstäbe) besteht in Verstößen gegen den Status des Zurechnungsvolks.

Demokratische Systeme können – auf dem Feld der Ursachen – weder ein „mehr“ der bisherigen Art von deregulierter weltweiter Monetarisierung noch überhaupt deren bisher erreichten Grad tolerieren. Die Demokratisierungsvorgänge in wenig entwickelten und in Schwellenländern nehmen dadurch – vielleicht irreparablen – Schaden; die Demokratie in den zentrischen Ländern ist ihrerseits bereits dabei, deutlichen Schaden zu nehmen.

Und zu den statischen (d.h. schwer wieder zu beseitigenden) Wirkungen von Exklusion in den einzelnen Ländern, zu ihren alltäglichen Symptomen: alle Indikatoren innerhalb der beschriebenen “Kette” zusammengezählt, einschließlich der politischen Apathie, die sich auch im Wahlverhalten ausdrückt, ist die Grenze des äußerstenfalls noch Hinnehmbaren die qualifizierte verfassungsändernde Mehrheit des betreffenden Politischen

Systems. Wird sie erreicht oder überschritten, so steht die Demokratie dieses Landes, zeitweise oder auf Dauer, nur noch auf dem Papier; ist das demokratische System nur noch *law in the books*, nicht mehr *law in action*. Das ist dann ein Zustand, den kein Demokrat tolerieren darf.

Eine solche Entwicklung kann nicht mit einer lebensfähigen Demokratie koexistieren. Demokratie rechtfertigt sich vom Volke aus, sie soll dem Aktivvolk, dem Zurechnungsvolk und dem Adressatenvolk dienen, will sagen, den Inhabern der Wahlrechte plus alle Staatsangehörigen plus alle Menschen, die im Umfeld ihrer Verfassungsordnung leben. *Demokratie ist die staatliche Form der Inklusion.*

Die Demokratie ist ein positives Recht aller und jedes Menschen. Mehr Globalisierung der Art, die wir bis jetzt kennen, wäre für die Demokratie tödlich; der jetzt erreichte Grad ist schon höchst gefährlich. Wie kommen wir aus diesem Abgrund wieder heraus?

Viele Maßnahmen werden diskutiert. Ich will hier einige wenige aus Sozial- und Rechtspolitik erwähnen: klarere Ziele eines Ausgleichs nach den Bestimmungen des sozialen Wohlfahrtsstaats; endlich eine wirksame Landreform; systematische Steuerkredite für die *working poor*, dramatisch höhere Investitionen in schulische, akademische und berufliche Bildung und Ausbildung, nicht nur seitens des Staats, sondern auch seitens der Unternehmen – durch rechtliche Anordnung; das geltende Recht (nicht zuletzt, die Menschenrechte, das Arbeits- und Sozialrecht, den Prozeßrechtsschutz in allen Bereichen) ernst nehmen und kohärent durchführen.

Andere rechtlich-institutionelle Maßnahmen von größerer Dringlichkeit sind ein energischer Kampf für die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz, der konkret für die Gleichberechtigung der Frauen, für die exkludierten Gruppen der Bevölkerung, für den Rechtsstatus von Kindern und Jugendlichen, für die Entwicklung der vernachlässigten Regionen ausgefochten werden muß. Von zentraler Bedeutung ist auch, die Straflosigkeit bei der Anwendung des Strafrechts zu beseitigen und die Prozeß- und anderen Verfahrensgarantien für jede betroffene Person unabhängig von der sozialen Schicht wirksam werden zu lassen.

Und all dies bedarf einer energischen Reform des juristischen Apparats. Die Gerichtsbarkeit muß vollkommen unabhängig von der Exekutive werden, sie muß in vollem Sinne dieses Begriffs als Dritte Gewalt erscheinen. *Der Staat muß endlich aus seiner strukturell noch feudalen Privatheit gerissen werden, er muß im modernen Sinne des Begriffs öffentlich*, er muß, um es in juristischen Begriffen auszudrücken, ein Gegenstand des öffentlichen Rechts werden. Und diese grundlegende Eigenschaft einer Republik mit effektiver Gewaltenteilung und einer effektiven Gewaltenkontrolle muß durch eine unabhängige Praxis der Gerichte sorgsam und strikt verfassungstreu überwacht werden.

Ausgehend von der neuen politischen Situation in Brasilien mit einer neuen Ausübung der Präsidentschaft erleben wir vielleicht – langfristig – einen neuen noch näher mit Inhalt zu füllenden Beginn: hoffnungsvoll und mehr als das mit einer realen Gelegenheit zu einem friedlichen demokratischen Wandel, also zur Veränderung einer Gesellschaft, die bis heute durch Ungleichheit und Ungerechtigkeit gekennzeichnet war und teilweise eine vordemokratische Gestaltung behalten hat. Die Erwartungen, die von Brasilien ausstrahlen, gehen weit über das Land hinaus und strahlen auf die internationale Szene aus.

Gegen die Globalisierung des oligopolistischen Kapitals muß man *die Demokratie globalisieren* – durch in sich selbst demokratisch strukturierte Formen, als bewegliche Selbstorganisation, mit einem langsam durch Widerstand zu schaffenden globalen “Volk” als Akteur und Vehikel der Kommunikation in der öffentlichen Sphäre der Welt, durch Kritik und Formulierung besserer Optionen: mit dem Blick auf eine zukünftige Weltgesellschaft, in der die Wirtschaft wieder den Menschen dient und wo es diesen möglich sein wird, demokratisch über ihre Schicksale als gleiche Mitglieder einer nicht exkludierenden Gesellschaft zu entscheiden.

## DEMOCRACIA E EXCLUSÃO SOCIAL EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO

### RESUMO

O presente ensaio aborda o termo “democracia” diante das idéias de “governo” e “povo”. A partir da fixação da premissa “povo ativo”, busca-se desvendar o papel deste num Estado Democrático de Direito. O problema da exclusão social afeta, essencialmente, este conceito e sua aplicação prática nos Estados modernos, sendo mais prejudicados aqueles emergentes e os subdesenvolvidos. A globalização é analisada como fator determinante para o acirramento desta exclusão social. Por fim, são propostas medidas políticas, jurídicas e sociais para combater a globalização do capital oligopolista e, em contrapartida, desenvolver a globalização da democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Povo. Estado de Direito. Estado do Bem-Estar Social. Exclusão social. Globalização.

## DEMOCRACY AND SOCIAL EXCLUSION AS RELATED TO GLOBALIZATION

### ABSTRACT

This essay analyses the expression “democracy” as related to the notions of “government” and “people”. From the idea of “active people”, the author endeavours to unveil the role of the abovementioned active people in a Democratic State based on the Rule of Law. The issue of social exclusion affects the notion of active people and its use in the reality in modern States, especially the underdeveloped and the so-called “emerging countries”. Globalization is examined as an important contributing element to the growth of social exclusion. Ultimately, the author proposes political, juridical and social measures in order to strive against the globalization as promoted by the oligopolistic capital and, on the other hand, to promote the globalization of democracy.

**KEYWORDS:** Democracy. People. Rule of Law. Welfare State. Social Exclusion. Globalization.

# A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1<sup>o</sup> DE MARÇO DE 2005, QUE MODIFICOU O TÍTULO XV DA CONSTITUIÇÃO FRANCESA (OU A REVISÃO SUSPensa)<sup>NT</sup> \*

*Michel Verpeaux\*\**

1 Uma revisão necessária e contestável. 1.1 A revisão por inconstitucionalidade e por oportunidade. 1.1.1 A decisão n. 505 DC e suas conseqüências. 1.1.2 A adesão condicional de novos Estados. 1.2 Uma revisão formal original. 1.2.1 Um texto de aplicação diferenciada. 1.2.2 Uma emenda de duplo dinamismo. 2 Uma emenda-adaptação à nova união européia. 2.1 A constitucionalização da transferência de competências. 2.1.1 As variações do artigo 88-1. 2.1.2 As modificações dos artigos 88-2 e 88-3. 2.2 O reforço das atribuições do Parlamento francês. 2.2.1 O exame dos textos europeus. 2.2.2 O Parlamento, guardião indireto do procedimento de revisão do tratado.

## RESUMO

Revisão constitucional francesa para fins de adaptação ao Tratado estabelecendo uma Constituição para a “Europa”. Aspectos curiosos de uma revisão constitucional condicionada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Revisão. Constituição. França. Condicionamentos. Tratado. Europa.

Independentemente do resultado do referendo realizado em 29 de maio de 2005, a Constituição [Francesa], revista pela Emenda Constitucional do dia primeiro de março de 2005, não seria alterada. Ela sempre compreenderá as disposições necessárias à ratificação do tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, datado de 29 de outubro de 2004, bem como as destinadas a serem aplicadas quando - e se - o tratado entrar em vigor, dado que esta entrada em vigor depende da ratificação por todos os Estados-Membros da União [Européia]. Somente na hipótese de uma recusa

---

<sup>NT</sup> Na França, usa-se indistintamente a nomenclatura «lei constitucional» e «revisão constitucional» para designar o que para nós se entende como as “emendas constitucionais”. Por tal motivo, preservar-se-á a concepção francesa. Empregar-se-á, pois, nesta tradução, as três expressões como sinônimas, com privilégio atribuído, entretanto, à expressão “emenda constitucional”, a fim de tornar a leitura deste artigo de mais fácil compreensão aos leitores brasileiros.

\* Tradução deste artigo: (c) 2004 Valeschka e Silva Braga.

\*\* Professor da Universidade Paris 1 - Panthéon-Sorbonne. Diretor do Centro de estudos de Direito Constitucional da mesma universidade. Doutor em Direito. Autor de diversas obras e artigos relacionados ao Direito e ao Processo Constitucional.

definitiva deste tratado seria necessário entrever a revogação das disposições novas. Em contrapartida, a introdução de uma nova categoria de referendos nacionais antes de qualquer adesão dos Estados à União [Europa] tem vocação a ser aplicável, independentemente do caso em tela, francês ou estrangeiro. Esta disposição, eminentemente política, será talvez a única que subsistirá desta revisão constitucional adotada de maneira à adaptar a Constituição francesa à “Constituição Européia”.

O Governo francês não esperou muito tempo para submeter-se às exigências do Conselho Constitucional expressas na decisão n. 505-DC<sup>NT</sup>, de 19 de novembro de 2004, relativa ao Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.<sup>1</sup> Neste contexto, parece que o Primeiro-ministro e o Presidente da República tiveram cada um a sua participação, o que corresponde, enfim, às condições da iniciativa da revisão constitucional estabelecidas no artigo 89.<sup>2</sup>

O processo posto em andamento pela ação proposta perante o Conselho Constitucional contra o Tratado Constitucional, fundada no artigo 54 [da Constituição Francesa], prossegue o seu caminho, como o modelo daqueles seguidos em 1992 pelo Tratado da União Européia de 7 de fevereiro de 1992 e, mais secundariamente, pelo tratado de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997, e deveria terminar com o referendo do 29 de maio de 2005, independentemente do sentido do voto dos Franceses nesta ocasião.<sup>3</sup>

Foi a partir do dia 3 de janeiro de 2005 que o Conselho de Ministros adotou o projeto de revisão da Constituição Francesa que abre o caminho à ratificação do novo tratado. Este projeto de Emenda Constitucional foi submetido ao parecer do Conselho de Estado<sup>NT</sup>, que se pronunciou em Assembléia Geral no dia 16 de dezembro de 2004, sem que o teor deste parecer tenha se tornado público.

O Governo preferiu depositar, em primeiro lugar, o seu texto perante a Assembléia Nacional, o que não é uma obrigação constitucional para todas as Emendas Constitucionais, como o mostrou, ao contrário, o exame da Emenda Constitucional n. 2003-276, de 28 de março de 2003, relativo à organização descentralizada da República. Na ocasião, como o Presidente da República tomou o compromisso de submeter o projeto de lei que autorizava a ratificação ao referendo, a escolha da adoção definitiva do projeto de Emenda Constitucional pelo Congresso<sup>NT</sup> era, sem dúvida, mais lógica, o que confirma o De-

<sup>NT</sup> No Direito Francês, o número de uma decisão do Conselho Constitucional seguido das letras “DC” indica que se trata de uma decisão deste órgão em controle de constitucionalidade. Lembre-se que, ao contrário do Supremo Tribunal Federal, o órgão competente por este controle também acumula funções de fiscal das eleições presidenciais e das consultas referendárias, por exemplo. Neste sentido, cf. arts. 58 a 61 da Constituição Francesa.

<sup>NT</sup> Na França, o Conselho de Estado também exerce o papel de conselheiro do Poder Executivo em determinados casos: por exemplo, antes de editar um decreto autônomo, o Poder Executivo francês deve pedir parecer deste órgão, cf. art. 37 da Constituição francesa.

<sup>NT</sup> Na França, os projetos de lei constitucional podem ser submetidos, ao *referendum* popular ou à aprovação pelo Congresso Nacional, cf. art. 89 da Constituição. Por outro lado, existem outras possibilidades de referendo, por exemplo, nos termos do artigo 11 da Constituição Francesa, em relação aos projetos de lei sobre a organização dos poderes públicas e as reformas relativas à política econômica e social da nação etc.

creto datado de 18 de fevereiro de 2005.<sup>4</sup> O texto do projeto de lei começou a ser examinado a partir do 25 de janeiro de 2005 na Assembléia Nacional, onde os partidários de uma ratificação do tratado e, por conseguinte, da revisão constitucional, foram largamente majoritários e adotaram o texto em 1º de fevereiro de 2005. O Senado, instado a deliberar sobre o referido projeto a partir do 15 de fevereiro, tomou igualmente bem pouco tempo para adotá-lo em 17 de fevereiro, sem alterar o texto transmitido pela Assembléia Nacional.<sup>5</sup> Foi por 730 votos “favoráveis” contra 66 votos “contrários” que o projeto de Emenda Constitucional foi adotado pelo Congresso em 28 de fevereiro, ao mesmo tempo que a referente à Carta do Meio-ambiente.

Foi adotado um texto de quatro artigos, que altera apenas, pelo menos aparentemente, o Título XV da Constituição, que era intitulado, na sua redação anterior “das Comunidades Europeias e a União Europeia”.<sup>6</sup> O Governo preferiu estabelecer uma revisão sem nenhum acréscimo ou «transformação» que viesse a perturbar a lógica do seu texto. Contrariamente ao se podia imaginar, as disposições constitucionais relativas, por exemplo, ao artigo 34 e às competências do Parlamento não foram alteradas, pelo menos no que diz respeito a estas últimas, no Título V relativo às relações entre o Parlamento e o Governo.<sup>7</sup>

O texto apresenta a particularidade de ser dividido em três partes, os artigos 1º e 2º, de um lado, o artigo 3º, de outro lado e, por último, o artigo 4º. A distinção entre os artigos 1º e 2º e o artigo 3º repousa sobre a entrada em vigor do tratado de Roma de 29 de outubro de 2004. Assim é adotada, nesta mesma Emenda Constitucional, um texto provisório e um texto definitivo. Quanto ao artigo 4º, relativo aos referendos necessários à adoção dos projetos de lei que autorizam a ratificação de tratados de adesão de Estados à União Europeia, seu estatuto é ainda mais complexo porque tem vocação a ser aplicável tanto no período que se segue até a entrada em vigor do tratado que estabelece uma Constituição [para a Europa], quanto após esta data. Com efeito, embora a Emenda Constitucional preveja, de acordo com a sua denominação, alterar apenas o título XV, ela contém ainda disposições que não constituem simplesmente consequência necessária da decisão n. 505 DC [do Conselho Constitucional], mas uma tradução do compromisso de ordem política do Presidente da República de organizar referendos de adesão de novos Estados à União Europeia e que serão integradas nas necessárias à ratificação do tratado.<sup>8</sup>

O texto da Emenda Constitucional de 1º de março de 2005 aparece tanto como um texto jurídica e politicamente necessário, quanto como um texto que revê o mais precisamente possível a Constituição.

## 1 UMA REVISÃO NECESSÁRIA E CONTESTÁVEL

Como em 1992, a revisão de 2005 é necessária à futura ratificação do tratado. Ela constitui uma etapa entre a decisão do Conselho Constitucional, que declara certas estipulações do tratado incompatíveis com a Consti-

tuição Francesa, e esta ratificação. Mas, ao contrário do que ocorreu em 1992, a Constituição é revista em dois tempos, numa apresentação formalmente contestável.

## 1.1 A revisão por inconstitucionalidade e por oportunidade

A decisão n. 505 DC do Conselho Constitucional condiciona evidentemente o texto da Emenda Constitucional. Mas esta é igualmente a consequência de um compromisso político relativo às futuras adesões à União Européia.

### 1.1.1 A decisão n. 505 DC e suas conseqüências

Esta decisão já foi objeto de numerosos comentários e estudos.<sup>9</sup> Trata-se aqui apenas de ver as conseqüências que o Constituinte deveria tirar e de visualizar como ele estaria vinculado por esta decisão.

Sabe-se que as inconstitucionalidades assinaladas pelo Conselho Constitucional concentram-se nas disposições relativas às competências da União Européia recentemente atribuídas ou exercidas de maneira nova, e sobre as atribuições novas do Parlamento Francês (cf. infra). Esta constatação permite assim recordar que não há, a esse respeito, infração aos direitos fundamentais nem ao princípio da supremacia da Constituição Francesa, pelo menos na ordem jurídica interna. Ao contrário, a primazia da Constituição Francesa é reafirmada e o caráter de “simples” tratado do texto examinado, apesar da “denominação” do próprio tratado, não tem incidência nem sobre a validade da Constituição Francesa nem sobre o lugar desta no cume da ordem jurídica interna (considerando 9).

Do mesmo modo, não era necessário alterar as disposições que poderiam ser consideradas contrárias a certos princípios constitucionais franceses, nem mesmo de trazer derrogações, como a que foi inscrita no artigo 88-3 em matéria de direito eleitoral, quando da Emenda Constitucional de 25 de junho de 1992.<sup>NT</sup> Nem a referência às minorias no artigo I-2 do tratado, nem a definição da liberdade religiosa, que consiste em poder manifestar a sua convicção em público ou privadamente, inscrita no artigo II-70, foram julgadas - ao fim de uma fundamentação que foi objeto de numerosos comentários - contrárias à Constituição.<sup>10</sup>

Em contrapartida, o Conselho Constitucional mostrou-se mais firme no último considerando da sua decisão - relativo ao conjunto do tratado, afirmando que “a autorização de ratificar o tratado[...] exige uma revisão da Constituição”- que nos casos precedentes, onde tinha sido conduzido a decidir que as estipulações convencionais eram contrárias à Constituição. Nas Decisões n. 92-308 DC, de 9 de abril de 1992, n. 97-394 DC, de 31 de dezem-

<sup>NT</sup> Lei constitucional n. 92-554.

bro de 1997, e n. 99-412, de 15 de junho de 1999, relativas a tratados europeus e nas quais o Conselho Constitucional considerou que a ratificação dos compromissos internacionais necessitava de uma revisão da Constituição, ele apenas tinha anotado que a autorização de ratificar podia intervir “somente após revisão da Constituição” (Decisões n. 308 DC e n. 394 DC) ou que a Carta [Européia das línguas regionais ou minoritárias] comportava “cláusulas contrárias à Constituição” (Decisão n. 412 DC).<sup>11</sup> Só a Decisão n. 98-408 DC, de 22 de janeiro de 1999, já tinha precisado que a ratificação do tratado «*xigia*» uma revisão da Constituição, mas esta não era relativa a um tratado europeu.<sup>12</sup>

O caráter relativamente limitado da censura do Conselho Constitucional explica também que o governo, por iniciativa da Emenda Constitucional, desejou uma revisão concentrada sobre o único Título XV. Esta não impediria o transplante de disposições novas que têm apenas uma relação política com o tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.

### 1.1.2 A adesão condicional de novos Estados

No que diz respeito à adesão da Turquia à União Européia, o Presidente da República, talvez para desarticular um debate que corre o risco de entrar em choque com a ratificação do tratado que leva à Constituição [para a Europa], prometeu que um referendo nacional seria organizado, quando da conclusão das negociações de adesão de novos Estados, num horizonte que se situa em torno de uns quinze anos. Esta remessa a um período relativamente remoto pôde suscitar a ironia ou a decepção mas, para não inserir que tal referendo seria organizado apenas para a Turquia, a Emenda Constitucional foi redigida em termos que, se eles podem aparecer abstratos, refletem uma realidade política nacional extremamente concreta.<sup>NT</sup> O novo artigo 88-5, na sua redação aplicável a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, prevê assim que “Qualquer projeto de lei que autoriza a ratificação de um tratado relativo à adesão de um Estado à União Européia e às Comunidades Europeias será sujeito a referendo pelo Presidente da República”. Por conseguinte, foi criada, uma nova categoria de referendos por este artigo 88-5, que é imediatamente aplicável após a promulgação da Emenda Constitucional. É a mesma categoria de referendos que é consagrada pelo artigo 88-7, cuja redação é semelhante à do atual artigo 88-5, mas que será aplicada apenas após a entrada em vigor do tratado que estabelece a Constituição[para a Europa].<sup>13</sup>

Tanto num caso como no outro, é um referendo nacional que será organizado e que será sujeito aos eleitores pelo Presidente da República. Em

<sup>NT</sup> De fato, existe uma forte resistência, entre os franceses, quanto à entrada da Turquia na Europa (União Européia), porque isto facilitaria ainda mais a imigração turca, pois não haveria a abertura total das fronteiras para os egressos do referido país, o que sujeitaria a França a problemas de infra-estrutura maiores relacionados à imigração descontrolada.

relação às duas outras categorias de referendo existente em Direito Francês e inscrito nos artigos 11 e 89, trata-se de uma inovação porque o Primeiro Ministro desaparece do processo de iniciativa referendária.<sup>14</sup> Da mesma maneira, o Parlamento é posto completamente fora deste procedimento referendário: não apenas é certo que ele não adotará o projeto de lei que autoriza a ratificação enquanto, no âmbito do artigo 11, a escolha é deixada ao Presidente da República entre a via parlamentar e a via referendária, mas, além disso, ele não tem a iniciativa deste novo referendo que apresenta a particularidade de ser obrigatório e que não é deixado à discricção de qualquer autoridade, como mostra o emprego do indicativo presente nos dois artigos 88-5 e 88-7 considerados. Sobre este ponto, como sobre outros, o Parlamento não teve êxito em fazer evoluir a redação do texto. Mas, é verdade que estes artigos estão de acordo com a lógica das instituições da 5ª República<sup>NT</sup>: em se tratando de uma questão de política estrangeira, é coerente que o Presidente da República seja o habilitado a apresentar o texto ao voto dos Franceses, sob o fundamento geral do artigo 52 da Constituição.<sup>15</sup> Ressalvadas estas originalidades em matéria de iniciativa, o Presidente apresentará, então, o texto de um projeto de lei ordinária que autoriza a ratificação de um tratado.

No caso de dificuldades contenciosas, é o Conselho Constitucional que será competente para apreciá-las, como precisa a nova redação do artigo 60, que doravante, desde a revisão constitucional supracitada, de 28 de março de 2003, enumera distintamente os referendos que são da competência do Conselho, para que este seja competente apenas para os referendos nacionais, excluindo os referendos locais organizados tanto sobre o fundamento do artigo 72-1, completado posteriormente pela Lei Orgânica n. 2003-705, de 1º de Agosto de 2003, relativa ao referendo local quanto sob o fundamento do artigo 72-4. Além dos referendos previstos nos artigos 11 e 89, o Conselho Constitucional será competente para examinar os referendos organizados em aplicação ao novo Título XV.

Os referendos dos artigos 88-5 e 88-7, que visam a controlar a adesão de novos Estados são destinados a tornar obrigatório um procedimento que apenas foi utilizado, até agora, na França, em vistas da construção comunitária, no caso da adesão do Reino Unido, da República da Irlanda e do reino da Dinamarca ao Tratado de Bruxelas, de 22 de janeiro de 1972. A ratificação da adesão da Grécia, pelo tratado de 28 de maio de 1979; da Espanha e de Portugal, pelo de 12 de junho de 1985; da Áustria, da Finlândia e da Suécia, pelo de 24 e 25 de junho de 1994, e, finalmente, dos dez novos Estados, pelo de 16 de abril de 2003, sempre foi feita através de leis adotadas pelo Parlamento, num clima de relativa indiferença.

---

<sup>NT</sup> Na França, existem cinco Repúblicas (instituídas nos anos de cada Constituição, por exemplo, 1848, 1875 e 1946), sendo a atual, de 1958, apontada como a da Quinta República.

Evidentemente, a disposição não tem efeito retroativo e vale apenas para o futuro, mas a Emenda Constitucional instaura uma precisão cronológica de primeira linha. Fixando, no artigo 4º da Emenda, como critério de aplicação desta disposição nova, a convocação, pelo Conselho Europeu, em data posterior a 1º de julho de 2004, de uma conferência intergovernamental relativa à novas adesões, a França propõe-se a selecionar estes novos referendos obrigatórios e não a impô-los às adesões de países com os quais as negociações efetuadas pela União Européia já tenham sido concluídas<sup>16</sup>: trata-se dos casos da Bulgária, da Romênia e da Croácia. Em contrapartida, relativamente aos outros Estados para os quais negociações oficiais ainda não tenham sido conduzidas, como a Turquia, a Ucrânia e outros países dos Balcãs, um referendo deverá ser organizado. Será assim, por exemplo, para a decisão, tomada em 17 de dezembro de 2004, pelo Conselho Europeu de encetar negociações com a Turquia tendo por propósito a adesão deste Estado à União Européia. A Constituição parece prever uma disposição geral que é na verdade um meio-hábil de deixar para mais tarde a resposta à uma pergunta de grande atualidade. A Constituição pinta um quadro falso de uma questão pontual, apresentando-a como de caráter geral. É ainda mais deplorável que esta disposição do artigo 4º se inscreva numa redação já discutível da Constituição.

## 1.2 Uma revisão formal original

Pela primeira vez em matéria de Construção Européia, a adaptação da Constituição ao novo tratado não se faz em só uma vez, mas é realizada em dois tempos, o segundo estando sujeito a uma condição aleatória. Haverá, assim, durante um tempo indeterminado, dois textos constitucionais em paralelo: um será destinado a substituir o outro, sob reserva do caso específico do artigo 4º da Emenda Constitucional.

### 1.2.1 Um texto de aplicação diferenciada

A Emenda Constitucional apresenta-se em duas partes principais, que são, por um lado, os artigos 1º e 2º e, por outro lado, o artigo 3º, sem contar com o artigo 4º supracitado. A estas partes da revisão, que podem ser consideradas como diretamente européias, no que essencialmente serão inseridas no título XV, é necessário acrescentar a modificação já citada do artigo 60 relativo à competência do Conselho Constitucional em matéria de operações organizadas de referendo “[previstas...]no título XV “.

Os dois primeiros artigos têm vocação a serem aplicáveis a partir da promulgação da Emenda Constitucional, e consistem, assim, em duas novas disposições diretamente integradas na Constituição. Trata-se, por um lado, do novo parágrafo 2º do artigo 88-1 assim redigido: “(a França) pode participar da União Européia nas condições previstas pelo tratado que estabelece

uma Constituição para a Europa assinado em 29 de outubro de 2004". A outra disposição é o artigo 88-5, relativo ao referendo que aprova as novas adesões numa redação que se poderia qualificar de inicial. O conteúdo deste artigo será efetivado num futuro artigo 88-7, cuja vocação será mais permanente.

Opostamente, o artigo 3º da Emenda é destinado a inserir no texto constitucional disposições definitivas, na escala, evidentemente, da presente Constituição e da atual construção europeia, no lugar dos atuais artigos 88-1 a 88-5, que compõem o título XV (este último artigo tendo sido introduzido pela Emenda Constitucional de 1º março de 2005).

É a partir deste artigo 3º que o conjunto deste título XV passará a compreender, então, sete artigos, do 88-1 ao 88-7, e será reescrito, não apenas relativamente à redação em vigor em 28 de fevereiro de 2005, mas também em relação àquela que será aplicável desde a entrada em vigor da presente Emenda Constitucional até à ratificação do tratado europeu por todos os Estados-Membros, ou seja, da entrada em vigor do tratado europeu. Este último não está, por conseguinte, ao abrigo de uma falta de ratificação do tratado por um dos Estados-Membros. Neste caso, a entrada em vigor das novas disposições constitucionais é adiada a uma data ulterior. Na hipótese de todos os Estados ratificarem o tratado, a entrada em vigor da Constituição revista deve intervir em 1º de novembro de 2006, nos termos do artigo IV-448 §2º do tratado. Caso contrário, o mesmo artigo prevê que esta entrada em vigor far-se-á "no primeiro dia do segundo mês seguinte ao depósito do instrumento de ratificação do último Estado signatário a cumprir esta formalidade".

Uma disposição constitucional vê a sua aplicação condicionada a um elemento externo à Constituição e, além disso, exterior à França. É verdade que, em 1992, as disposições introduzidas pela Emenda Constitucional n. 92-554 somente teriam sentido se o Tratado da União Europeia tivesse sido ratificado e entrado em vigor, mas a Constituição não apresentava expressamente esta aplicação à uma condição externa. Estas disposições pareciam dever ser aplicáveis imediatamente, o que não era o caso.

No plano formal, as disposições definitivas deverão substituir, automaticamente, poder-se-ia dizer, o título XV, parcialmente reescrito em 2005. Esta substituição acarretará o acréscimo de dois artigos novos, o 88-6 e o 88-7, a reescritura dos artigos 88-1 a 88-5, bem como a mudança de denominação do título XV. Enquanto, na redação atual da Constituição, que data da Emenda Constitucional n. 92-554, de 25 de junho 1992 e que não foi alterada na redação em vigor a contar de 1º Março de 2005, o título XV é consagrado às "Comunidades Europeias e à União Europeia", com a entrada em vigor do tratado de 29 de outubro de 2004, ele se tornará, mais simplesmente, "da União Europeia", tendo em vista que as Comunidades terão desaparecido com a vigência do referido tratado.

A mudança de contexto europeu ligada a este tratado provoca também a referência ao tipo de construção europeia à qual a França aceita participar. Na primeira “versão” do texto, aplicável imediatamente, o artigo 88-1 tem por objetivo autorizar a França a participar na União Europeia nas condições previstas pelo tratado, dado que, na lógica do artigo 54, a revisão constitucional de 1º março de 2005 fez desaparecer o obstáculo constitucional posto sobre o caminho da ratificação. O novo parágrafo 2º assim inserido não impede a manutenção, na Constituição, do parágrafo 1º, não alterado, que tem vocação a ser aplicável no caso de a lei que autoriza a ratificação não ser adotada. Este parágrafo 1º dispõe, desde 1992, que a República participa nas Comunidades e a União “constituídas de Estados que escolheram livremente[...] exercer conjuntamente algumas das suas competências”. Ele tomará, evidentemente, toda a sua importância, no caso de não-ratificação do tratado pela França, dado que simbolizará a escolha da manutenção da Construção Europeia, como resulta dos tratados anteriores ao de 29 de outubro de 2004.

Na sua redação aplicável após a entrada em vigor do tratado, o artigo 88-1, composto de um só parágrafo, ele se satisfará em constatar, e não mais de autorizar, que “nas condições fixadas pelo tratado que estabelece uma Constituição para a Europa assinado em 29 de outubro de 2004, a República Francesa participa na União Europeia, constituída de Estados que escolheram livremente exercer conjuntamente algumas das suas competências”, o que retoma parcialmente a redação do atual parágrafo 1º do artigo 88-1.

Da mesma maneira, enquanto o artigo 88-5, aplicável de imediato, trata da adesão de novos Estados “à União Europeia e às Comunidades Europeias”, é lógico que o futuro artigo 88-7 estima apenas a adesão de um Estado “à União Europeia”, tendo desaparecido as outras estruturas, no momento em que este artigo for aplicável.

### 1.2.2 Uma emenda de duplo dinamismo

A Emenda Constitucional de 1º março de 2005 contém realmente duas revisões num mesmo texto ou, se se prefere, prevê uma revisão na revisão. A primeira, com efeito, é destinada a se tornar obsoleta num futuro próximo, mas aleatório, e será substituída por um segundo texto. Trata-se, por conseguinte, de disposições integradas em sequência na Constituição, mas que têm uma esperança de vida limitada. Estão em suspensão e são condenadas a desaparecer, na lógica da Emenda pelo menos. Durante o período de aplicação destas disposições “provisórias”, o artigo 3º da Emenda Constitucional, que compreenderá a redação renovada e completada do título XV, permanecerá inserido nesta Emenda, com vocação a juntar-se ao texto constitucional no futuro.<sup>17</sup> Durante este período, a Constituição e a Emenda Constitucional serão dois textos diferentes enquanto, até agora, pelo menos sob a 5ª República, uma Emenda Constitucional era destinada a

conter formalmente o conteúdo de uma revisão e devia, em certa medida, integrar-se no texto constitucional, sem ter vocação a durar como tal, ligeiramente como uma lei cujo conteúdo é absorvido integralmente em códigos. A lei «portadora» existe apenas durante o tempo da consolidação e é destinada a desaparecer, pelo menos em conteúdo: as suas disposições são integradas nos códigos e se a lei subsiste formalmente, é privada da sua substância. Coexistem de maneira duradoura dois textos de mesmo valor, o primeiro que tendo alimentar o segundo.

Até 2005, as Emendas Constitucionais sofreram um destino idêntico, ainda que, juridicamente, elas não tenham desaparecido simultaneamente à integração de seu conteúdo ao texto constitucional. As normas destas Emendas formam um corpo único com a Constituição, e a Emenda Constitucional é considerada apenas o método pelo qual a Constituição é revista. Trata-se, de resto, de um mecanismo usual dado que a Constituição é, inicialmente, uma Lei Constitucional que é promulgada como tal.<sup>18</sup>

A história mostrou, no entanto, que pode haver dissociação da Emenda Constitucional e a Constituição, como demonstraram as três Emendas Constitucionais de 25 de fevereiro de 1875, relativa à organização dos poderes públicos, de 24 de fevereiro de 1875, relativa à organização do Senado e a de 16 de julho de 1875, sobre as relações entre os poderes públicos.<sup>19</sup> No caso da Emenda Constitucional de 1º Março de 2005, o seu artigo 3º continuará a ser, durante um prazo impreciso, integrado no seu seio, e esta lei estará, sob reserva da Constituição, operando outro exemplo de distinção entre Emenda Constitucional e Constituição.

O artigo 4º desta Emenda Constitucional apresenta uma particularidade ainda mais notável, dado que este dispositivo permanecerá nesta Emenda, mesmo após a entrada em vigor do tratado europeu e, por conseguinte, do futuro título XV renovado, pelo menos em uma parte das suas disposições. Com efeito, enquanto ele se interessa ao campo político e geográfico dos referendos relativos à adesão de novos Estados, prevê, como já foi dito, duas situações, em função da ratificação, completa ou não, do tratado, que interessam dois artigos numerados diferentemente, mas de conteúdo quase idêntico, os artigos 88-5 - na sua redação atual - e o futuro artigo 88-7. Mas, numa situação ou na outra, ainda que um entre eles tenha uma vocação mais permanente, trata-se de fixar as normas de execução destas disposições. Este artigo 4º não tem vocação para ser integrado na Constituição e é condenado a permanecer nesta Emenda Constitucional.

Enfim, se o tratado europeu entrar em vigor, nada restará desta e nesta Emenda de 1º de março de 2005 além do artigo 4º, que terá efetivamente valor constitucional, mas que será destinado a explicar e tornar aplicável o futuro artigo 88-7 relativo aos referendos, mas que será dele distinto. Este artigo 88-7 [da Constituição] será juridicamente aplicável apenas em conexão com o artigo 4º [da Emenda], cujo teor será necessário procurar nou-

tro lugar no texto constitucional. Em termos de inteligibilidade da Constituição, o que é uma exigência mínima, dado que esta última exige a inteligibilidade da lei<sup>20</sup>, esta revisão implementada corre o risco de trazer alguns problemas de decodificação.

## 2 UMA EMENDA-ADAPTAÇÃO À NOVA UNIÃO EUROPÉIA

É sobretudo a segunda etapa da Emenda que promoveu a revisão constitucional que é aqui tratada. As duas disposições novas introduzidas a partir de 1º de março de 2005, por um lado, a modificação do artigo 88-1, destinada a permitir o voto da lei que autoriza a ratificação do tratado e, por outro lado, a inserção do artigo 88-5, relativo aos referendos relativos às novas adesões, têm vocação, primeiramente, a permitir a ratificação do tratado e, em segundo lugar, a ser substituída por uma disposição mais ou menos idêntica no conteúdo.<sup>21</sup> A revisão, qualificada de mínima, é sobretudo a que é destinada a ser aplicável após a entrada em vigor do tratado europeu e diz respeito ao novo Título XV.

Ela concerne tanto à transferência de competências novas e o seu modo de exercício quanto às atribuições dos Parlamentos Nacionais. Tanto uns como os outros necessitaram da intervenção do Constituinte.

### 2.1 A constitucionalização da transferência de competências

O Constituinte desejou proceder a uma revisão que perturba o menos possível o texto constitucional. Por conseguinte, ele escolheu alterar a redação do artigo 88-1, mas esta é necessariamente diferente antes e após da entrada em vigor do tratado.

#### 2.1.1 As variações do artigo 88-1

O novo artigo 88-1, na sua redação procedente da Emenda Constitucional de 1º março de 2005, permite a ratificação do tratado europeu, reafirmando o caráter central deste dispositivo na inserção da construção comunitária e da União Européia na Constituição. Esta disposição, apesar do seu caráter geral, que podia ser percebida também como uma norma meramente programática e sem valor normativo, é efetivamente a que permite adequar a Construção Européia à Constituição Francesa.

De certa maneira, ele confirma a jurisprudência do Conselho Constitucional apreendida da jurisprudência da decisão n. 2004-496 DC, de 10 de junho de 2004, acerca da Lei sobre a confiança na economia digital<sup>22</sup> na qual ele utilizou, pela primeira neste sentido, o artigo 88-1 da Constituição, introduzido pela revisão de 25 de junho de 1992.

Para efetivamente designar que esta decisão não foi fruto de um erro de interpretação, o Conselho a reiterou nas decisões que seguiram a de 10

de Junho de 2004.<sup>23</sup> O recurso ao artigo 88-1 tem por efeito, no entanto, nestas decisões, não o de aumentar as competências do Conselho, mas de restringi-las. Quando a lei é apenas a transcrição pura e simples de uma Diretiva [Européia], não diz respeito, dever-se-ia dizer *mais*, ao Conselho Constitucional verificar a constitucionalidade da lei (considerando 7 da decisão 496 DC). O Conselho considerou que estas disposições legislativas resultavam realmente da Diretiva [Européia] que a lei se satisfazia em transpôr para o direito interno.<sup>24</sup> Quando uma lei é apenas a consequência necessária e exata de um texto comunitário, não é útil contestar a constitucionalidade porque aquilo levaria a contestar a «comunitariedade», o que o Conselho não está habilitado de fazer. Só o juiz comunitário é competente para conhecer da regularidade atos comunitários, incluindo sua eventual inconstitucionalidade.

De acordo com esta jurisprudência, é efetivamente o artigo 88-1 que dá um fundamento constitucional à Construção Européia e é ele que justifica ao mesmo tempo a superioridade da Constituição na ordem jurídica interna e a recusa de controlar as leis que seriam apenas a transposição de Directivas [Européias], servindo o artigo 88-1 de justificativa antecipada às transferências de competências em proveito da ordem jurídica comunitária.

A revisão de 1º de março de 2005 apenas reforça o caráter central deste artigo, adaptando-o às novas condições da Construção Européia nascidas do tratado de 29 de outubro de 2004.

Em sua redação, que se pretende definitiva e que é destinada a ser aplicável a contar da entrada em vigor do tratado, o artigo 88-1 é, ao mesmo tempo, simplificado e complicado. Ele continua a justificar, constitucionalmente, a Construção Européia e a consagrar a primazia do direito comunitário. Mas foi também renovado o mecanismo que consiste em inscrever na Constituição Francesa, nacional poder-se-ia dizer, uma espécie de Constituição destinada à utilização pela Europa, o que tem feito o constituinte desde 1992. O título XV é uma espécie de “Constituição na Constituição” e a revisão de 2005 não altera em nada este estado do direito. Mais precisamente, o artigo 88-1 exprime o consentimento às transferências de competências numa redação que retoma a do atual parágrafo 1º deste mesmo artigo, adaptando-o: é, com efeito, uma participação “na União Européia, constituída de Estados que escolheram livremente exercer conjuntamente algumas das suas competências” que é consagrada, não tendo a referência às Comunidades Européias mais razão de ser na redação nova.

Pela expressão “pode participar”, inscrita pela Emenda Constitucional de 1º de março de 2005 e necessária para a ratificação do referido tratado, passa-se a determinar que a França “participa” na União, o que já afirmava o artigo 88-1 na sua versão de 1992. Tanto num caso como no outro, não se trata mais de autorizar, ou de levantar um obstáculo constitucional sobre a

via da ratificação, mas de constatar a integração da França no conjunto supranacional e as transferências de competências que a ela estão imbricadas. O Constituinte de 1992 não tomou, entretanto, as precauções e inscreveu, antes mesmo da ratificação do tratado e sua entrada em vigor, a afirmação segundo a qual a França “participa” às Comunidades Européias e à União Européia. O que a Constituição de 2005 perde em lisibilidade em virtude desta redação evolutiva do artigo 88-1, ela ganha em precisão, relativamente àquela redigida em 1992.

Mas o novo artigo 88-1 é, ao mesmo tempo, em refluxo e mais largo que as disposições anteriores correspondentes. Enquanto a redação inicial mencionava apenas uma construção “abstrata”, sem referência a tratados identificados e datados, o artigo 88-1 novo, tanto no seu parágrafo 2º aplicável agora como na sua redação potencial, faz referência ao “tratado que estabelece uma Constituição para a Europa assinado em 29 de outubro de 2004”. É apenas no âmbito deste tratado que as transferências de competências são autorizadas. Qualquer modificação destas transferências, no âmbito de novos tratados, deveria acompanhar-se de novas revisões constitucionais, sob reserva dos procedimentos de revisão simplificada (cf. infra).

Para tanto, o Constituinte de 2005 escolheu, pela primeira vez em matéria de Construção Européia, não elaborar a lista das transferências de competências às quais a França consente. O tratado de 29 de outubro de 2004 não aumentou em substância o domínio das competências da União Européia, ao contrário dos tratados de Maastricht e de Amsterdam, mas altera, não obstante, profundamente o exercício das competências da União. O Parlamento Europeu torna-se verdadeiro co-legislador devido ao alargamento considerável do procedimento de co-decisão. O tratado faz passar do “método intergovernamental” ao “método comunitário” as matérias relativas à política externa e à segurança e, ainda, ao espaço de liberdade, de justiça e de segurança. Além disso, ele duplica o número de domínios nos quais o Conselho deve votar por maioria qualificada.

Fundamentado nestas constatações, o Conselho Constitucional afirmou, na sua Decisão n. 505 DC, que “demandam uma revisão constitucional as cláusulas do tratado que transferem à União Européia competências que afetam as condições essenciais da soberania nacional em domínios ou de acordo com modalidades diferentes dos previstos pelos tratados mencionados no artigo 88-2” e que implicam uma revisão da Constituição Francesa (considerando 24). No caso do tratado de 2004, e ao contrário das suas Decisões n. 92-308, de 9 de abril de 1992, e de n. 97-394, de 31 de dezembro de 1997, nascidas de tratados relativos à União Européia, o Conselho procede contudo de maneira original, se contentando de fazer constar um “notadamente” diante da enumeração das competências que aparecem nas matérias novas, o que implica a não-exaustividade do repertório por ele mencionado: constaram apenas os casos do domínio do controle de frontei-

ras (art. III-265), do domínio da cooperação judiciária em matéria civil (art. III-269) e penal (art. III-270 e III-271) (cf. considerando 30).

Nesta perspectiva, para não elaborar uma lista das competências transferidas, o Constituinte satisfez-se em declarar que a França participava na União Européia nas condições previstas pelo tratado assinado em 29 de outubro de 2004. Neste sentido, o Constituinte Francês reconhece que ele perde a sua soberania em todas as matérias nas quais o Conselho Constitucional tenha revelado que havia mudança das condições essenciais de exercício da soberania nacional, sendo ele obrigado a aceitar em bloco o tratado. A sua missão não consistia em dizer se ele seria favorável ou contra o conteúdo deste texto, mas de determinar as condições nas quais o tratado podia ser posto em conformidade com a Constituição. Diante da pretensão, presente no novo artigo 88-1, de que a França aceitou o tratado, foi suprimida qualquer incompatibilidade entre este e a Constituição Francesa.

Comentaristas da Decisão n. 505 DC sublinharam que competiria ao Poder Constituinte escolher entre dois métodos para emendar a Constituição.<sup>25</sup> Em conformidade com os precedentes de Maastricht e de Amsterdam, ele podia introduzir na Constituição, e isto somente podia acontecer num novo artigo 88-2, a lista dos domínios sujeitos à redistribuição de competências prevista no tratado. Ele podia, ainda, e esta seria a solução mais realista e de acordo com o método do Conselho Constitucional, optar por uma revisão mais geral, visando implícita e globalmente todas as estipulações do tratado incompatíveis com a Constituição. Foi, com efeito, esta segunda solução que o Poder Constituinte escolheu.

Não há, contudo, cláusula geral de revisão, permitindo futuras transferências de competências, porque a transferência que é autorizada pelo constituinte é limitada às condições do tratado de 29 de outubro de 2004. No entanto, este prevê disposições que são diretamente inconstitucionais, mas porque prevê procedimentos que, quando forem utilizados, podem dar lugar a situações inconstitucionais (considerandos 33 a 36 da Decisão n. 505 DC). Trata-se da revisão simplificada prevista no artigo IV-444 do referido Tratado, chamadas de “cláusulas-passarela”, que permitem ao Conselho [Europeu<sup>NT</sup>], deliberando por unanimidade, decidir que uma matéria passível, em princípio, somente de ser regulada por decisão unânime poderá doravante fazer objeto de decisões por maioria qualificada. Estas “pontes” permitirão, com efeito, fazer evoluir as competências da União sem que uma ratificação seja necessária. O artigo 88-1 da Constituição Francesa procede, por conseguinte, a uma espécie constitucionalização por antecipação de um tratado evolutivo.

---

<sup>NT</sup> Composto pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros (cf. artigo I-19 do Tratado “Constitucional”).

Anne Levade notou que o raciocínio utilizado pelo Conselho Constitucional é, com efeito, a consequência indireta das dificuldades encontradas pela França quando da transposição da decisão-quadro<sup>NT</sup> relativa à imposição de acórdão europeu: “tais redistribuições operadas por um ato unilateral da União Européia, conduzem, necessariamente, à instauração de novas modalidades de exercício de competências já transferidas e, não podendo ser, em momento oportuno, objeto de um controle de constitucionalidade, devem ser antecipadas por uma revisão constitucional”.<sup>26</sup> Era, por conseguinte, necessário proceder a uma revisão constitucional ainda que a infração permaneça virtual, enquanto as cláusulas “passarela” não forem postas em prática.

Devido à generalidade do novo artigo 88-1, os artigos relativos às transferências de competências específicas perdem a importância no futuro título XV.

### 2.1.2 As modificações dos artigos 88-2 e 88-3

O Título XV, que deveria ser aplicável após a entrada em vigor do tratado, foi em grande parte reescrito. Esta nova redação fazendo referência aos artigos 88-2 e 88-3.

O primeiro, inserido na Constituição em 1992 e que foi, desde esta data, objeto de duas revisões, uma pela Emenda Constitucional n. 99-49, de 25 de janeiro de 1999, e outra pela de n. 2003-267, de 25 de março de 2003, referia-se a certas transferências de competências necessárias ao estabelecimento da União econômica e monetária europeia, bem como as competências relativas à livre circulação das pessoas e os domínios que lhe são ligados. A última revisão referia-se à imposição de decisão europeia. A redação nova esvazia a maior parte da substância deste artigo 88-2. A referência aos tratados europeus anteriores, o de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992, e o de Amsterdam, de 2 de outubro de 1997, torna-se, com efeito, inútil e a redação atual do artigo 88-2 caduca. Uma redação que incluiria a lista das estipulações do tratado que a Constituição propõe-se a autorizar teria contribuído para sobrecarregar consideravelmente o texto constitucional.

Em contrapartida, foi mantida a menção segundo a qual “a lei fixa as regras relativas à imposição de decisão europeia em conformidade com os atos tomados pelas instituições da União Européia”, sob a reserva de que estes últimos atos substituíram os “atos tomados sobre o fundamento do Tratado da União Européia”, que não era mais necessária nem adaptada à transferência em causa, na medida em que se tratasse da aplicação de um ato de direito derivado.

---

<sup>NT</sup> Uma das decisões passíveis de serem tomadas no âmbito da União Européia \*

O artigo 88-3, em comparação com o precedente, foi essencialmente mantido, contudo com diversas modificações. Desaparece, em primeiro lugar, a condição relativa à “reserva de reciprocidade”, sem razão de ser no Direito da União Européia e que exige a ratificação dos tratados por unanimidade. Desaparece, também, como no caso do artigo 88-2, e pelas mesmas razões, a menção ao Tratado da União, de 7 de fevereiro de 1992. Também não figura mais no novo artigo 88-3 a referência aos “únicos” cidadãos da União, esta restrição aparecendo ligeiramente injuriosa para os outros cidadãos.

Como não se trata de uma transferência de competências, o artigo 88-1, que sozinho não poderia autorizar a extensão do direito de voto, tanto quanto o artigo 3º parágrafo 4º, que reserva o direito de voto aos únicos cidadãos nacionais, de acordo com a jurisprudência do Conselho Constitucional (Decisão n. 308 DC, supracitada), certamente é mantido, sendo o artigo 88-3 uma espécie de derrogação expressa ao princípio geral deste artigo 3º. Além disso, seria necessário inscrever bem na Constituição que este direito de voto e de elegibilidade não importa o de ser eleito Presidente da Câmara Municipal<sup>NT</sup> ou Assistente, nem de participar na designação dos eleitores senatoriais nem à eleição dos Senadores.<sup>NT</sup> Sobre estes dois pontos essenciais para a França, a Constituição alterada não muda em nada a redação do artigo 88-3 e os cidadãos europeus continuam a não ser cidadãos como os outros. Mas, como precisa o artigo 1-10 § 2º do tratado europeu, “a cidadania da União acrescenta-se à cidadania nacional e não a substitui”.

## 2.2 O reforço das atribuições do Parlamento francês

Este reforço é um dos motivos da declaração de inconstitucionalidade do tratado pelo Conselho Constitucional porque este considerou que a Constituição não previa estas competências novas e que havia uma inconstitucionalidade devido às lacunas do texto constitucional francês. As competências novas dos Parlamentos nacionais interessam tanto o exame de textos europeus como a sua participação, indireta, nos procedimentos de revisão do tratado.

<sup>NT</sup> Sem perder de vista que a França, ao contrário do Brasil, é um Estado Unitário, a figura política brasileira mais aproximada desta (em francês: *Maire*) é o Prefeito, sendo que a distribuição de competências e modo de acesso ao cargo são bastante distintos nos dois ordenamentos jurídicos.

<sup>NT</sup> Na França, as eleições para Senado são de cunho indireto. Os 346 senadores são eleitos por 150.000 “grandes eleitores” (577 deputados, 1.900 conselheiros regionais, 4.000 conselheiros gerais, 142.000 delegados dos Conselhos Municipais), por votação proporcional, nos 39 departamentos que designam 4 senadores ou mais, e por votação majoritária, nos demais 70 departamentos que designam menos de 4 senadores. Desta forma, são eleitos 180 senadores pelo voto proporcional e 166 pelo voto majoritário. Seu mandato é de 6 anos, mas a renovação é feita na metade dos senadores a cada 3 anos, cf. art. 3 da Constituição Francesa, bem como Lei n. 2003-697, de 30 de julho de 2003.

### 2.2.1 O exame dos textos europeus

No âmbito do Título XV procedente da revisão de 1992, o Parlamento tinha obtido – ou tomado à força - a possibilidade de votar resoluções sob propostas ou projetos de atos que comportassem disposições de natureza legislativa.

Este artigo 88-4, alterado pela Emenda Constitucional n. 99-49 de 25 de janeiro de 1999, foi mantido no futuro Título XV, sob reserva, ainda, de modificações adaptadas ao novo contexto europeu. Os atos europeus tornam-se os “atos legislativos europeus” como são concebidos e definidos no artigo I-34 do tratado europeu. Estes atos, considerados legislativos no Direito Europeu, poderiam não ter uma “natureza legislativa” na acepção do artigo 34 da Constituição Francesa, nem atribuir uma competência nova ao Parlamento, o que confirma a redação do novo artigo 88-4, que distingue os atos legislativos europeus e os que comportariam disposições que estão no domínio da lei.<sup>NT</sup> Mas se trata apenas, num caso como no outro, de adotar resoluções.

A Assembléia Nacional recusou-se a estender este poder ao conjunto dos atos europeus. Ela rejeitou, acompanhada nisto pelo Senado, uma emenda parlamentar ao projeto, depositada pelo Sr. Balladur, prevendo que o Parlamento fosse informado, automaticamente, dos atos ou documentos europeus, a pedido dos Presidentes de cada uma das Assembléias ou de sessenta deputados ou, ainda, de 60 senadores, e que teria permitido a deliberação também acerca das resoluções. A Comissão responsável pela análise das leis da Assembléia viu nesta proposta uma infração às prerrogativas do Presidente da República em matéria internacional e a afastou.<sup>27</sup> Serão apenas os atos que «comportam disposições de natureza legislativa» que poderão ser objeto de uma ação do Parlamento.

Além disso, e a fim de melhor garantir o respeito das soberanias nacionais e a democracia na União Européia, o tratado de 29 de outubro de 2004 deu novos direitos aos Parlamentos Nacionais: os relativos ao exame da conformidade de um ato legislativo europeu.

O Conselho Constitucional sustentou que dois destes novos direitos colocavam um problema de constitucionalidade, na medida em que não havia fundamento constitucional para o exercício das prerrogativas parlamentares que tinham sido previstas. O Constituinte, então, deveria intervir para legitimar estas atribuições novas conferidas ao Parlamento Francês (considerando 37 a 41).

Trata-se, em primeiro lugar, da possibilidade para o Parlamento Francês de acionar o Conselho, o Parlamento Europeu ou a Comissão Européia

---

<sup>NT</sup> A Constituição Francesa, em seu artigo 34, enquadra bem quais são as matérias do “domínio” da lei, tais como nacionalidade, direitos civis et garantias fundamentais acordadas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas.

para reclamar a aplicação do princípio de subsidiariedade. Esta disposição figura no protocolo n. 2 (art. 6 e 7) que prevê um mecanismo de associação dos Parlamentos Nacionais destinado a favorecer o respeito do princípio de subsidiariedade, e ao qual retorna o artigo I-11 do tratado.

Num prazo de seis semanas a contar da transmissão de um projeto de ato legislativo, qualquer Casa Legislativa de um Parlamento Nacional pode dirigir às instituições da União um “parecer fundamentado” expondo as razões pelas quais considera que este texto não respeita o princípio de subsidiariedade. As instituições da União “levam em conta” os pareceres fundamentados que lhes são dirigidos.

Esta competência do Parlamento Francês foi introduzida pelo parágrafo 1º do artigo 88-5 na sua redação aplicável após a entrada em vigor do tratado. Este dispõe que “a Assembléia Nacional ou o Senado podem emitir um parecer fundamentado sobre a conformidade de um projeto de ato legislativo europeu ao princípio de subsidiariedade. O parecer é dirigido pelo Presidente da Casa Legislativa concernente aos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão da União Européia. O governo será informado [deste procedimento]”. Enquanto a Construção Européia nos tinha habituado mais a ver o governo tomar decisões e o Parlamento contentar-se em ser informado, é o esquema oposto que é aqui introduzido. A disposição nova reforça, além disso, o bicameralismo igualitário, dando direitos idênticos à Assembléia e ao Senado. É igualmente o caso para as competências dadas ao Parlamento em matéria de ação perante o Tribunal de Justiça da União Européia.

Os Parlamentos nacionais podem doravante acionar o Tribunal de Justiça da União Européia, de acordo com um mecanismo previsto no artigo 8 do protocolo n. 2. Após a adoção de um texto, o referido Tribunal de Justiça pode ser instado por um Estado-Membro por meio de um recurso por violação do princípio de subsidiariedade proveniente de um Parlamento nacional ou de uma de suas Casas Legislativas. O recurso é sempre formalmente apresentado pelo Governo do Estado-Membro, mas o protocolo mencionado abre a possibilidade de que ele seja simplesmente “transmitido” por este Governo, sendo o autor verdadeiro do recurso o Parlamento Nacional ou uma de suas Casas.

Poderíamos nos interrogar se seria necessário ou não introduzir esta fórmula na ordem jurídica interna, o temor sendo de não ver, como é o caso desde que este princípio [da subsidiariedade] foi inscrito no Direito da União pelo Tratado de Maastricht, qualquer Governo Francês, qualquer que seja a sua orientação política, dirigir-se ao Tribunal de Justiça para lhe pedir para controlar o respeito ao princípio de subsidiariedade por um ato da União. Se a “transmissão” pelo Governo de recursos formados pelas assembléias não estiver prevista no texto constitucional, tudo nos leva a pensar que, tal como antes, tais recursos jamais seriam introduzidos, o que reduziria as possibilida-

des de ver o princípio de subsidiariedade ser efetivamente levado em conta pelas instituições da União.

A Emenda Constitucional de 1º de março de 2005 finalmente introduziu este dispositivo na ordem jurídica interna por um artigo 88-5, parágrafo 2:

Cada Assembléia pode formar um recurso perante o Tribunal de Justiça da União Européia contra um ato legislativo europeu por violação do princípio de subsidiariedade. Este recurso é transmitido ao Tribunal de Justiça da União Européia pelo Governo.

Para estes fins, resoluções podem ser adotadas, se for caso, fora das sessões, de acordo com modalidades de iniciativa e de discussão fixadas pelo regulamento de cada Assembléia.

### 2.2.2 O Parlamento, guardião indireto do procedimento de revisão do tratado

Entre as novas atribuições conferidas aos Parlamentos nacionais pelo tratado, figura um papel específico de vigilância no caso de modificação simplificada do tratado, ao qual estes podem se opor.

O artigo IV-444 do tratado abre, com efeito, a possibilidade de alterar, sobre dois pontos, as modalidades de adoção dos atos da União, sem que seja necessário passar pelo procedimento comum de revisão, no caso da passagem da unanimidade à maioria qualificada por uma decisão do Conselho, e o da passagem de um procedimento legislativo especial (ou seja um procedimento outro que a co-decisão entre o Parlamento Europeu e o Conselho) ao procedimento legislativo comum (co-decisão).

Estas duas cláusulas “passarela”, de acordo com os termos doutrinários que retoma o Conselho Constitucional na sua decisão de 19 de novembro de 2004 (considerandos 33 e 35), são aplicáveis os todos os atos da União previstos pela parte III do Tratado Constitucional (artigos III-115 a III-436), com exceção das decisões que têm implicações militares ou no domínio da defesa. A decisão de levar a efeito uma cláusula “passarela” é tomada pelo Conselho Europeu por unanimidade. Ela deve ser aprovada pelo Parlamento Europeu, mas cada Parlamento nacional dispõe, antes que a decisão seja tomada, de um direito de oposição, pois a iniciativa do Conselho Europeu é transmitida aos Parlamentos nacionais. Esta transmissão abre um prazo de seis meses durante o qual qualquer Parlamento nacional pode se opor à aplicação da cláusula “passarela”. Se, expirado este prazo, nenhum Parlamento Nacional tiver notificado a sua oposição, o Conselho Europeu pode deliberar.

A fim de dar um fundamento a esta nova competência do Parlamento Francês, a Emenda Constitucional inseriu um novo artigo 88-6 assim redigido: “Pelo voto de uma moção adotada em termos idênticos pela Assembléia

Nacional e o Senado, o Parlamento pode se opor a uma modificação das regras de adoção de atos da União Européia, de acordo com o procedimento de revisão simplificada do tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.”

Esta inscrição de uma competência nova em proveito do Parlamento Francês constitui uma evolução importante nos direitos deste último, tanto que ela dá direitos iguais às duas Assembléias.<sup>28</sup> A inconstitucionalidade que foi assinalada pelo Conselho é contudo original porque não resulta do que diz a Constituição, mas do seu silêncio. Trata-se de uma espécie de inconstitucionalidade «enquadrada» em matéria de competência parlamentar: várias prerrogativas novas são conferidas aos Parlamentos nacionais pelo tratado enquanto a Constituição Francesa não comporta as bases jurídicas suficientes de natureza a permitir o exercício destas prerrogativas.

Para François Luchaire, estas novas prerrogativas reconhecidas aos Parlamentos Nacionais têm, além disso, por efeito modificar a distribuição dos poderes. Com efeito, na França, a legitimidade do poder político é compartilhada entre o Parlamento e o Executivo.<sup>29</sup> Assim, a atribuição de competências específicas aos Parlamentos Nacionais no âmbito da União, e nomeadamente a possibilidade de fazer oposição a certos atos, é susceptível de limitar o alcance das atribuições que a Constituição Francesa reserva ao Executivo na condução negócios europeus, sobre o fundamento principal do artigo 52, que não distingue contudo, por razões evidentes de cronologia, as competências presidenciais em matéria européia e aquelas que pode exercer em matéria internacional. Poder-se-ia, de resto, pensar que a política comunitária e, depois, européia entra no campo das atribuições do Governo previstas no artigo 20, tanto que ela se incorpora na política «nacional», o que torna a divisão tradicional dos papéis nas duas cabeças do Executivo<sup>NT</sup> mais delicada, também sobre a cena verdadeiramente “internacional”.

O Conselho Constitucional não fez menção às outras competências novas atribuídas aos Parlamentos nacionais e estas disposições, por conseguinte, não tiveram necessidade de ser objeto de uma revisão constitucional. O tratado prevê, contudo, quatro vezes, um papel específico dos Parlamentos nacionais, pois estes devem ser informados, pelas autoridades dos Estados-Membros, do teor e dos resultados da avaliação da aplicação das políticas da União em matéria de espaço de liberdade, de segurança e de Justiça (art. III-260) e das avaliações do Comitê permanente encarregado

---

<sup>NT</sup> De fato, a República francesa possui um Poder Executivo dividido em “duas cabeças”: o Presidente de República e Primeiro-Ministro, que possuem competências diferentes estabelecidas no texto constitucional mas que, em caso de divergência política, podem gerar instabilidade ou inviabilidade das respectivas funções.

de favorecer a coordenação entre as autoridades dos Estados-Membros em matéria de segurança interna (art. III-261). Sempre nestes mesmos domínios, os Parlamentos nacionais são associados à avaliação e ao controle das “atividades da EUROJUST e da EUROPOL<sup>NT</sup>” (art. III-273 e III-276). Os Parlamentos nacionais, independentemente dos Governos, recebem, por conseguinte, competências na avaliação ou no controle de instâncias que não são “nacionais”.

Para Paul Cassia e Emmanuelle Saulnier-Cassia, estas prerrogativas são comparáveis às disposições pelas quais o Conselho Constitucional considerou que uma revisão era necessária, no que poderiam levar as Assembléias a adotar deliberações decisórias.<sup>30</sup> Eles censuram, por conseguinte, o Conselho de não as ter considerado, mesmo que os senadores as tenham igualmente suscitado. Do mesmo modo, para Jérôme Roux, ainda que as modalidades permaneçam ainda a serem determinadas pela lei europeia, em seus princípios, esta contribuição do Parlamento infringe a Constituição, na medida em que por esta via o Parlamento Francês poderá indiretamente controlar a ação governamental.<sup>31</sup>

Qualquer que tivesse sido a saída do referendo do 29 de maio de 2005, as disposições da Emenda Constitucional de 1º de março de 2005 não serão revogadas, apesar das eventuais lacunas e as imperfeições do texto. Juridicamente, pelo menos. Politicamente, é uma outra questão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASANOVA, Jacques Arrighi de. La décision n. 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes, *Actualité juridique droit administratif*, Paris, n. 28, 2004, p. 1534-1537.

CASSIA Paul et SAULNIER-CASSIA, Emmanuelle. Le traité établissant une constitution pour l'Europe et la constitution française. *Semaine juridique (J.C.P)*, Paris, n. 5, 2005, p. 195-203.

CASSIA, Paul. Le véritable sens de la décision n. 2004-496 du Conseil constitutionnel. *Actualité juridique droit administratif*, Paris, n. 26, 2004, p. 1385.

CHALTIEL, Florence. Une première pour le Conseil constitutionnel: juger un Traité établissant une Constitution. *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, Paris, n. 484, 2005, p. 5-10.

DORD, Olivier. Le Conseil constitutionnel face à la «Constitution européenne»: contrôle des apparences ou apparence de contrôle? *Actualité juridique droit administratif*, Paris, n. 4, 2005, p. 211-219.

<sup>NT</sup> O EUROJUST e o EUROPOL são órgão de cooperação entre os Estados-membros nos domínios da Justiça e da polícia, respectivamente.

GENEVOIS, Bruno. Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé. *Revue française de droit administratif*, Paris, n. 4, 2003, p. 651-661.

LABAYLE, Henri et SAURON Jean-Luc. La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe. *Revue française de droit administratif*, Paris, n. 1, 2005, p. 1-29.

LEVADE, Anne. Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé. *Revue du droit public*, Paris, n. 4, 2004, p. 889-911.

\_\_\_\_\_. Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne. *Revue du droit public*, Paris, n. 1, 2005, p. 19-50.

LUCHAIRE, François. La Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel. *Revue du droit public*, Paris, n. 1, 2005, p. 51-58.

MATHIEU, Bertrand. La "Constitution" européenne ne menace pas la République. *Dalloz*, Paris, n. 43, 2004, p. 3075-3077.

\_\_\_\_\_. Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales. *Dalloz*, Paris, n. 25, 2004, p. 1739-1740.

\_\_\_\_\_. Stéphane Rials et Michel Verpeaux. *Textes constitutionnels de la Vè République*. Coll. Que sais-je? Paris: P.U.F, 2005 (no prelo, publicação prevista para maio de 2006).

MAUGUE, Christine, Le Traité établissant une constitution pour l'Europe et les juridictions constitutionnelles. *Revue française de droit administratif*, Paris, n. 1, 2005, p. 30-33.

*Rapport Assemblée nationale [Relatório da Assembléia Nacional]*, p. 34.

ROUX, Jérôme. Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution. *Revue du droit public*, Paris, n. 24, 2004, p. 912-933.

\_\_\_\_\_. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française. *Revue du droit public*, Paris, n. 1, 2005, p. 59-110.

SCHOETTL Jean-Éric. La ratification du «Traité établissant une Constitution pour l'Europe» appelle-t-elle une révision de la Constitution française ? *Les petites affiches*, Paris, n. 238, 29 novembre 2004, p. 3-25.

\_\_\_\_\_. Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel. *Les petites affiches*, Paris, n. 122, 18 juin 2004, p. 10-21.

SIMON, Denys. L'examen par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d'une Constitution pour l'Europe: fausses surprises et vraies confirmations. *Europe (Juris-Classeurs)*, Paris, n. 2, 2005, p. 6-9.

RIALS, Stéphane. *Textes constitutionnels français*. Coll. Que sais-je? n. 2022. Paris: P.U.F, 2005.

SUDRE, Frédéric. Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel «sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union». Réflexions critiques. *Revue française de droit administratif*, Paris, n. 1, 2005, p. 34-39.

VERPEAUX, Michel. Contrôle de la loi transposant une directive communautaire. *Droit administratif*, Paris, n. 8-9, 2004, p. 27-2.

\_\_\_\_\_. La loi constitutionnelle n. 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement. *La semaine juridique*, édition générale, Paris, n. 14, 06.04.2005, p. 657-658.

\_\_\_\_\_. La voie de la ratification de la «Constitution» européenne est ouverte. *Semaine juridique (J.C.P.)*, Paris, n. 52-53, 2004, p. 2348-2351.

---

<sup>1</sup> Jornal Oficial de 24 de novembro de 2004, p. 19885.

<sup>2</sup> V. o título do Jornal « Monde » de 17 de fevereiro de 2005: « Jean-Pierre Raffarin quer « passar logo ao referendo ».

<sup>3</sup> Decreto n. 2005-218, de 9 de março de 2005, decidindo de submeter um projeto de lei ao referendo, Jornal Oficial de 10 de março 2005, p. 3984.

<sup>4</sup> Decreto de 18 de fevereiro de 2005, tendendo a submeter dois projetos de Emenda Constitucional ao Parlamento reunido em Congresso[NT: nos termos do art. 89 da Constituição Francesa], cf. Jornal Oficial de 19 de fevereiro de 2005, p. 2833. Foram, com efeito, dois os projetos de Emenda adotados pelo Congresso em 28 de fevereiro de 2005: além do projeto de Emenda modificando o Título XV da Constituição, o Congresso adotou o projeto de Emenda Constitucional relativo à Carta do Meio Ambiente, que se transformou na Emenda Constitucional n. 2005-205 de 1º de março de 2005, cf. JO du 2 mars 2005, p. 3697. Sobre este último texto, VERPEAUX, Michel. La loi constitutionnelle n. 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement. *La semaine juridique*, édition générale, Paris, n. 14, 06.04.2005, p. 657-658.

<sup>5</sup> A Comissão de leis do Senado tinha recomendado a adoção do projeto de Emenda sem modificação (Relatório apresentado por Patrice Gélard, n. 180, do Ano 2004-2005, designado daqui em diante Relatório do Senado).

<sup>6</sup> Esta redação é tirada da Emenda Constitucional n. 92-554, de 25 de junho de 1992.

<sup>7</sup> Este ponto de vista foi sustentado pelo autor destas linhas quando da Jornada de Estudos organizada pela Associação Francesa de Constitucionalistas, realizada em 16 de dezembro de 2004, na Universidade Paris-I e consagrada ao exame desta decisão e das seguintes (Anais no prelo).

<sup>8</sup> Por um compromisso do Presidente da República firmado em 1º de outubro de 2004. *Rapport Assemblée nationale* [Relatório da Assembléia Nacional], p. 34.

<sup>9</sup> Entre as principais, sulinhemos as de: MATHIEU, Bertrand. La «Constitution» européenne ne menace pas la République. *Dalloz*, Paris, n. 43, 2004, p. 3075-3077; VERPEAUX, Michel. La voie de la ratification de la «Constitution» européenne est ouverte. *Semaine juridique (J.C.P.)*, Paris, n. 52-53, 2004, p. 2348-2351; SCHOETTL Jean-Éric. La ratification du «Traité établissant une Constitution pour l'Europe» appelle-t-elle une révision de la Constitution française? *Les petites affiches*, Paris, n. 238, 29 novembre 2004, p. 3-25; SUDRE, Frédéric. Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel «sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union». Réflexions critiques. *Revue française de droit administratif*, Paris, n. 1, 2005, p. 34-39; DORD, Olivier. Le Conseil constitutionnel face à la «Constitution européenne»: contrôle des apparences ou apparence de contrôle? *Actualité juridique droit administratif*, Paris, n. 4, 2005, p. 211-219; CASSIA Paul et SAULNIER-CASSIA, Emmanuelle. Le traité établissant une constitution pour l'Europe et la constitution française. *Semaine juridique (J.C.P.)*,

Paris, n. 5, 2005, p. 195-203; SIMON, Denys L'examen par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d'une Constitution pour l'Europe: fausses surprises et vraies confirmations. *Europe (Juris-Classeurs)*, Paris, n. 2, 2005, p. 6-9; LEVADE, Anne. Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne. *Revue du droit public*, Paris, n.1, 2005, p. 19-50; LUCHAIRE, François. La Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel. *Revue du droit public*, Paris, n. 1, 2005, p. 51-58; ROUX, Jérôme. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française. *Revue du droit public*, Paris, n. 1, 2005, p. 59-110; MAUGUE, Christine, Le Traité établissant une constitution pour l'Europe et les juridictions constitutionnelles. *Revue française de droit administratif*, Paris, n. 1, 2005, p. 30-33; LABAYLE, Henri et SAURON Jean-Luc. La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe. *Revue française de droit administratif*, Paris, n. 1, 2005, p. 1-29; CHALTIEL, Florence. Une première pour le Conseil constitutionnel: juger un Traité établissant une Constitution. *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, Paris, n. 484, 2005, p. 5-10.

<sup>10</sup> V. as numerosas notas de doutrina supracitadas.

<sup>11</sup> Decisões n. 92-308 DC, de 9 de abril de 1992, sobre o Tratado sobre a União Européia; n. 97-394 FV de 31 de dezembro de 1997, sobre o Tratado de Amsterdam, que modificou o tratado sobre a União Européia; e n. 99-412 DC de 15 de junho de 1999, sobre a Carta Européia das línguas regionais ou minoritárias.

<sup>12</sup> Decisão n. 98-408 DC, sobre o Tratado portando o estatuto da Corte Penal Internacional assinado em Roma no dia 18 de julho de 1998.

<sup>13</sup> A diferença redacional entre os dois concerne apenas o objeto da adesão (cf. *infra*).

<sup>14</sup> O Primeiro Ministro propõe ao Presidente da República o projeto de Emenda Constitucional previsto no artigo 89 enquanto o Governo pode estar na origem, de maneira paralela às duas Assembléias, de proposição visando a submeter certos projetos de lei ao referendo legislativo do artigo 11.

<sup>15</sup> No mesmo sentido, ver o artigo 72-4 introduzido pela Emenda Constitucional n. 2003- 276, de 28 de março de 2003, relativa à organização descentralizada da República. E o Presidente da República quem decide organizar estes referendos, mas por proposição do Primeiro Ministro ou aquela conjunta das duas Assembléias, sobre o modelo, precisamente, do artigo 11.

<sup>16</sup> O artigo 4 da Emenda Constitucional foi redigido de maneira um pouco desviada: «O artigo 88-5, na sua redação em vigor até à entrada em vigor do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, e o artigo 88-7 da Constituição são aplicáveis somente às adesões que dão seguimento a uma conferência intergovernamental da qual a convocação foi decidida pelo Conselho Europeu depois de 1º de Julho de 2004».

<sup>17</sup> Ver as apresentações formais adotadas nas mais recentes obras que editam a Constituição. Stéphane Rials, nos seus "Textos Constitucionais Franceses", escolheu colocar este artigo em nota de rodapé, sob o Título XV em vigor desde 1º de março de 2005 (Coll. *Que sais-je?* n. 2022. Paris: P.U.F., 2005). Stéphane Rials, Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, nos seus Textos constitucionais da 5ª República, inseriram este artigo 3º na sequência do texto constitucional, precisando que tinha vocação a ser aplicável após a entrada em vigor do Tratado (Coll. *Que sais-je?* Paris: P.U.F., 2005 no prelo, publicação prevista para maio de 2006).

<sup>18</sup> Este é bem o caso da Constituição de 4 de outubro de 1958, promulgada como Lei Constitucional pelo Presidente da República René Coty.

<sup>19</sup> A Emenda de 25 de fevereiro é, apesar da sua data e muito logicamente, considerada como a primeira destas leis constitucionais e foi promulgada e publicada antes da que foi adotada em 24 de Fevereiro, no mesmo número do Jornal Oficial - do 28 de Fevereiro de 1875 -, respectivamente nas páginas 1521 e 1522. Esta última compreendia, com efeito, um artigo 11 e último assim concebido: «A presente emenda poderá ser promulgada apenas após o voto definitivo da emenda sobre os poderes públicos». Este último artigo não figura de resto no texto da emenda promulgada no Jornal Oficial.

<sup>20</sup> Desde a decisão do Conselho Constitucional n. 99-421, de 16 de dezembro de 1999, sobre a Lei que levava habilitação do governo a proceder, através de *ordonnances*, à adopção da parte legislativa de certos códigos, existe, sabe-se, um objectivo de valor constitucional de inteligibilidade e acessibilidade da lei.

<sup>21</sup> Ter-se-á, por disposição de importância menor a modificação já examinada do artigo 60.

<sup>22</sup> Decisão n. 2004-496 DC de 10 junho de 2004, JO de 22 de junho de 2004, p. 11182. Entre uma abundante lista de comentários desta importante decisão, pode-se citar as contribuições de: CASANOVA, Jacques

Arrighi de. La décision n. 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes, *Actualité juridique droit administratif*, Paris, n. 28, 2004, p. 1534-1537; ROUX, Jérôme. Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution. *Revue du droit public*, Paris, n. 24, 2004, p. 912-933; LEVADE, Anne. Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé. *Revue du droit public*, Paris, n. 4, 2004, p. 889-911; CASSIA, Paul. Le véritable sens de la décision n. 2004-496 du Conseil constitutionnel. *Actualité juridique droit administratif*, Paris, n. 26, 2004, p. 1385; MATHIEU, Bertrand. Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales. *Dalloz*, Paris, n. 25, 2004, p. 1739-1740; SCHOETTL, Jean-Eric. Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel. *Les petites affiches*, Paris, n. 122, 18 juin 2004, p. 10-21; GENEVOIS, Bruno. Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé. *Revue française de droit administratif*, Paris, n. 4, 2003, p. 651-661 et VERPEAUX, Michel. Contrôle de la loi transposant une directive communautaire. *Droit administratif*, Paris, n. 8-9, 2004, p. 27-2.

<sup>23</sup> Trata-se das Decisões n. 497 DC do 1º de julho de 2004, sobre a Lei relativa às comunicações eletrônicas e o serviço de comunicação audiovisual, retomando o mesmo considerando de princípio (Jornal Oficial de 10 de julho de 2004, p. 12506) da Decisão n. 2004-498 de 29 de julho de 2004, sobre a Lei relativa à Bioética (Jornal Oficial de 7 de agosto de 2004, p. 14077), e a decisão e a decisão n. 2004-499 DC de 29 de julho de 2004, sobre a Lei relativa à protecção das pessoas individuais em relação aos tratamentos de dados de carácter pessoal e alterando a Lei n. 78-17 de 6 de janeiro de 1978 relativa à informática, os ficheiros e as liberdades (Jornal Oficial de 7 agosto de 2004, p. 14087)

<sup>24</sup> Ao considerando 9 da mesma decisão, o Conselho faz menção das disposições da lei que se limitam «a tirar as consequências necessárias das disposições incondicionais e precisas do [item] 1 do artigo 14 da directiva».

<sup>25</sup> LEVADE, *op. cit.*, p. 42 et seq.

<sup>26</sup> LEVADE, *op. cit.*, p. 47.

<sup>27</sup> *Relatório da Assembléa Nacional*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>28</sup> Neste sentido, ver ROUX, J. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française, *op. cit.*, dernière sous-partie.

<sup>29</sup> LUCHAIRE, *op. cit.*, n. IV.

<sup>30</sup> CASSIA, Paul et SAULNIER-CASSIA, Emmanuelle. Le traité établissant une constitution pour l'Europe et la Constitution française, à propos de la décision n. 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel et du projet de loi constitutionnelle. *La Semaine juridique*, édition G., Paris, n. 5, de 2 de fevereiro de 2005, p. 202.

<sup>31</sup> ROUX, *op. cit.*

## THE AMENDMENT FROM MARCH 1ST 2005, WHICH CHANGED THE TITLE XV OF THE FRENCH CONSTITUTION (OR THE SO-CALLED SUSPENDED AMENDMENT)

### ABSTRACT

Change of the French Constitution in order to adapt to the Treaty that creates a Constitution for Europe. Peculiar aspects of an amendment elaborated under certain conditions.

**KEYWORDS:** Amendment. Constitution. France. Conditions. Treaty. Europe.

LA LOI CONSTITUTIONNELLE DU 1<sup>ER</sup> MARS  
2005 MODIFIANT LE TITRE XV DE LA  
CONSTITUTION (OU LA REVISION  
SUSPENDUE)

**RÉSUMÉ**

Loi constitutionnelle sur l'adaptation de la Constitution française au Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Curiosités et conditionnements.

**MOTS-CLES:** Révision. Constitution. France. Conditionnements. Traité. Europe.

# LA LOI CONSTITUTIONNELLE DU 1<sup>ER</sup> MARS 2005 MODIFIANT LE TITRE XV DE LA CONSTITUTION (OU LA REVISION SUSPENDUE)

*Michel Verpeaux\**

## **RESUME**

Loi constitutionnelle sur l'adaptation de la Constitution française au Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Curiosités et conditionnements.

**MOTS-CLES:** Révision. Constitution. France. Conditionnements. Traité. Europe.

Quelle que soit l'issue du référendum du 29 mai prochain, la Constitution, révisée par la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005, ne sera pas modifiée. Elle comprendra toujours les dispositions nécessaires à la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004 ainsi que celles destinées à s'appliquer lorsque et si le traité entre en vigueur, puisque cette entrée de vigueur dépend de la ratification par tous les Etats membres de l'Union. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un refus définitif de ce traité qu'il faudrait envisager d'abroger les dispositions nouvelles. En revanche, l'introduction d'une nouvelle catégorie de référendums nationaux avant toute adhésion d'Etats à l'Union a vocation à s'appliquer, quel que soit le cas de figure français ou étranger. Cette disposition, éminemment politique, sera peut-être la seule qui subsistera de cette révision constitutionnelle adoptée de manière à adapter la Constitution française à la «Constitution européenne».

Le Gouvernement français n'a pas attendu longtemps pour se soumettre aux exigences du Conseil constitutionnel exprimées dans la décision 505 DC du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe.<sup>1</sup> Dans cette hâte, il semble que le Premier ministre et le Président de la République ont eu chacun leur part, ce qui correspond en définitive aux conditions de l'initiative de la révision constitutionnelle posées de l'article 89.<sup>2</sup>

---

\* Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Docteur en Droit, auteur des ouvrages dans le domaine du droit constitutionnel et du contentieux constitutionnel, Directeur du Centre de recherches de droit constitutionnel à la même Université.

Le processus mis en route par la saisine du Conseil constitutionnel du traité constitutionnel sur le fondement de l'article 54 poursuit son chemin, sur le modèle de celui suivi en 1992 pour le traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 et, plus accessoirement, de celui du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, et devrait s'achever par le référendum du 29 mai 2005, quel que soit le sens du vote des Français à cette occasion.<sup>3</sup>

C'est dès le 3 janvier 2005 que le Conseil des ministres a adopté le projet de loi de révision de la Constitution française qui ouvre la voie à la ratification du nouveau traité. Ce projet de loi a été soumis pour avis au Conseil d'Etat qui s'est prononcé en Assemblée générale le 16 décembre 2004 sans que la teneur de cet avis soit rendue publique.

Le Gouvernement a choisi de déposer en premier lieu son texte devant l'Assemblée nationale, ce qui n'est pas une obligation constitutionnelle pour toutes les révisions constitutionnelles, comme l'a montré, a contrario, l'examen de la loi constitutionnelle n. 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République. Comme le Président de la République avait pris l'engagement de soumettre le projet de loi autorisant la ratification au référendum, le choix de l'adoption définitive du projet de loi constitutionnelle par le Congrès était sans doute le plus logique, ce que confirme le décret du 18 février 2005.<sup>4</sup> Le texte du projet de loi a été examiné dès le 25 janvier 2005 à l'Assemblée nationale, où les partisans d'une ratification du traité, et donc de la révision, ont été largement majoritaires et ont adopté le texte le 1<sup>er</sup> février 2005. Le Sénat, saisi dès le 15 février, a également pris très peu de temps pour l'adopter le 17 février, sans modifier le texte transmis par l'Assemblée nationale.<sup>5</sup> C'est par 730 voix « pour » contre 66 voix « contre » que le projet de loi constitutionnelle a été adopté par le Congrès le 28 février, en même temps que celui relatif à la Charte de l'environnement.

C'est un texte de quatre articles qui a été adopté, ne modifiant, du moins en apparence, que le Titre XV de la Constitution, qui est intitulé, dans sa rédaction actuelle « Des Communautés européennes et de l'Union européenne ».<sup>6</sup> Le Gouvernement a préféré engager une révision sans aucun ajout ou « scorie » venant perturber la logique de son texte. Contrairement à ce que certains avaient pu imaginer, les dispositions constitutionnelles relatives, par exemple, à l'article 34 et aux compétences du Parlement, n'ont pas été modifiées, du moins en ce qui concerne ces dernières, dans le Titre V relatif aux rapports entre le Parlement et le gouvernement.<sup>7</sup>

Le texte présente la particularité d'être divisé en trois parties, les articles 1 et 2 d'une part, l'article 3 d'autre part et enfin l'article 4. La distinction entre les articles 1 et 2 et l'article 3 repose sur l'entrée en vigueur du traité de Rome du 29 octobre 2004. Sont ainsi adoptés, dans cette même loi constitutionnelle, un texte provisoire et un texte définitif. Quant à l'article 4 relatif aux référendums nécessaires à l'adoption des projets de loi autorisant la ratification de traités d'adhésion d'Etats à l'Union européenne, son statut

est encore plus complexe car il a vocation à s'appliquer à la fois jusqu'à l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution, et après cette date. En effet, alors que la loi constitutionnelle ne prévoit, selon son intitulé, de modifier que le titre XV, elle contient aussi des dispositions qui ne constituent pas la conséquence nécessaire de la décision 505 DC, en ce qu'elles traduisent un engagement d'ordre politique du Président de la République d'organiser des référendums d'adhésion de nouveaux États à l'Union européenne et qu'elles se sont greffées sur celles nécessaires à la ratification du traité.<sup>8</sup>

Le texte de la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 apparaît tout à la fois comme un texte juridiquement et politiquement nécessaire et comme un texte révisant au plus juste la Constitution.

## I UNE RÉVISION NÉCESSAIRE ET CONTESTABLE.

Comme en 1992, la révision de 2005 est nécessaire à la future ratification du traité. Elle constitue une étape entre la décision du Conseil constitutionnel déclarant certaines stipulations du traité incompatibles avec la Constitution française et cette ratification. Mais, à la différence de ce qui s'est produit en 1992, la Constitution est révisée en deux temps dans une présentation formellement contestable.

### A La révision pour inconstitutionnalité et par opportunité.

La décision 505 DC du Conseil constitutionnel conditionne évidemment le texte de la loi constitutionnelle. Mais celle-ci est également la conséquence d'un engagement politique relatif aux futurs élargissements de l'Union européenne.

#### 1 La décision 505 DC et ses conséquences.

Cette décision a déjà été l'objet de nombreux commentaires et études.<sup>9</sup> Il ne s'agit ici que de voir les conséquences que le constituant devait tirer et d'envisager de quelle manière il était lié par la décision.

On le sait, les inconstitutionnalités relevées par le Conseil constitutionnel se concentrent sur les dispositions relatives aux compétences de l'Union européenne nouvellement attribuées ou exercées de manière nouvelle, et sur les attributions nouvelles du Parlement français (cf. infra). Ce constat permet ainsi de rappeler qu'il n'y a pas, à ce titre, d'atteinte aux droits fondamentaux ni au principe de la supériorité de la Constitution française, dans l'ordre interne tout au moins. Au contraire, la primauté de la Constitution française est réaffirmée et le caractère de « simple » traité du texte examiné, malgré la « dénomination » du traité est sans incidence sur

l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne (considérant 9).

De même, il n'était pas nécessaire de modifier les dispositions qui auraient pu être considérées contraires à certains principes constitutionnels français, ni même d'y apporter des dérogations, comme celle qui fut inscrite à l'article 88-3 en matière de droit électoral, lors de la révision du 25 juin 1992. Ni la référence aux minorités à l'article I-2 du traité, ni la définition de la liberté religieuse consistant à pouvoir manifester sa conviction en public ou en privé, à l'article II-70, n'ont été jugées, au terme d'un raisonnement qui a fait l'objet de nombreux commentaires, contraires à la Constitution.<sup>10</sup>

En revanche, le Conseil constitutionnel s'est montré plus ferme dans le dernier considérant de sa décision relatif à l'ensemble du traité, en affirmant que « l'autorisation de ratifier le traité[...] exige une révision de la Constitution » que dans les cas précédents où il avait été amené à considérer que des stipulations conventionnelles étaient contraires à la Constitution. Dans les décisions 92-308 DC du 9 avril 1992, 97-394 DC du 31 décembre 1997, et 99-412 du 15 juin 1999, relatives à des traités européens et dans lesquelles le Conseil constitutionnel a estimé que la ratification des engagements internationaux nécessitait une révision de la Constitution, il avait seulement noté que l'autorisation de ratifier ne pouvait intervenir « qu'après révision de la Constitution » (décisions 308 DC et 394 DC) ou que la Charte comporte « des clauses contraires à la Constitution » (déc 412 DC).<sup>11</sup> Seule la décision 98-408 DC du 22 janvier 1999 avait déjà précisé que la ratification du traité « exigeait » une révision de la Constitution, mais celle-ci n'était pas relative à un traité européen.<sup>12</sup>

Le caractère relativement limité de la censure du Conseil constitutionnel explique aussi que le gouvernement, à l'initiative de la loi constitutionnelle, ait souhaité une révision concentrée sur le seul Titre XV. Celle-ci n'empêche pas d'y greffer des dispositions nouvelles qui n'ont qu'un rapport politique avec le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

## 2 L'adhésion conditionnée de nouveaux Etats.

Dans le cadre de la question de l'adhésion de la Turquie à l'Union européenne, le Président de la République, peut-être pour désamorcer un débat risquant d'entrer en conflit avec la ratification du traité portant constitution, a promis qu'un référendum national serait organisé, au moment de la conclusion des négociations d'adhésion de nouveaux Etats, dans un horizon se situant autour d'une quinzaine d'années. Ce renvoi à une période relativement lointaine a pu susciter l'ironie ou la déception mais, pour ne pas inscrire qu'un tel référendum serait organisé pour la seule Turquie, la loi constitutionnelle est rédigée en des termes qui, s'ils peuvent apparaître abstraits, reflètent une réalité politique nationale extrêmement concrète. Le nouvel article 88-5, dans sa rédaction applicable dès la promulgation de

cette loi constitutionnelle, prévoit ainsi que « Tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un Etat à l'Union européenne et aux Communautés européennes est soumis au référendum par le Président de la République ». Est donc créée, de cette manière, une nouvelle catégorie de référendums par cet article 88-5 qui est immédiatement applicable après la promulgation de la loi constitutionnelle. C'est la même catégorie de référendums qui est consacrée par l'article 88-7 dont la rédaction est similaire à celle de l'actuel article 88-5 mais qui ne s'appliquera qu'après l'entrée en vigueur du traité établissant la Constitution.<sup>13</sup>

Dans un cas comme dans l'autre, c'est un référendum national qui sera organisé et qui sera soumis aux électeurs par le Président de la République. Par rapport aux deux autres catégories de référendum existant en droit français et inscrits aux articles 11 et 89, il s'agit d'une innovation car le Premier ministre disparaît du processus d'initiative référendaire.<sup>14</sup> De la même manière, le Parlement est complètement mis en dehors de cette procédure référendaire: non seulement, il est certain qu'il n'adoptera pas le projet de loi autorisant la ratification alors que, dans le cadre de l'article 11, le choix est laissé au Président de la République entre la voie parlementaire et la voie référendaire, mais, en outre, il ne peut être à l'initiative de ce nouveau référendum qui présente la particularité d'être obligatoire et qui n'est pas laissé à la discrétion d'une quelconque autorité, comme le montre l'emploi de l'indicatif présent dans les deux articles 88-5 et 88-7 considérés. Sur ce point, comme sur d'autres, le Parlement n'a pas réussi à faire évoluer la rédaction du texte. Mais il est vrai qu'il est conforme à la logique des institutions de la Vème République que, s'agissant d'une question de politique étrangère, ce soit le Président de la République qui soit habilité à soumettre le texte au vote des Français, sur le fondement général de l'article 52 C.<sup>15</sup> Sous la réserve de ces originalités en matière d'initiative, le Président soumettra alors le texte d'un projet de loi ordinaire autorisant la ratification d'un traité.

En cas de difficultés contentieuses, c'est le Conseil constitutionnel qui sera compétent pour les apprécier, comme le précise la nouvelle rédaction de l'article 60 qui désormais, depuis la révision constitutionnelle précitée du 28 mars 2003, énumère distinctement les référendums relevant de la compétence du Conseil, afin que celui-ci ne soit compétent que pour les référendums nationaux, à l'exclusion des référendums locaux organisés aussi bien sur le fondement de l'article 72-1, complété par la loi organique n. 2003-705 du 1<sup>er</sup> août 2003 relative au référendum local, que sur celui de l'article 72-4. En plus des référendums prévus aux articles 11 et 89, le Conseil constitutionnel sera compétent pour les référendums organisés en vertu du nouveau Titre XV.

Les référendums des articles 88-5 et 88-7 visant à contrôler l'adhésion de nouveaux Etats sont destinés à rendre obligatoire une procédure qui n'a été utilisée, jusqu'à présent en France pour la construction communautaire,

que dans le cas de l'adhésion du Royaume-Uni, de la République d'Irlande et du royaume du Danemark par le traité de Bruxelles du 22 janvier 1972. La ratification des traités d'adhésion de la Grèce du 28 mai 1979, de l'Espagne et du Portugal par le traité du 12 juin 1985, de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède par le traité des 24 et 25 juin 1994 puis des dix nouveaux Etats par celui du 16 avril 2003, a toujours été opérée par la voie de lois adoptées par le Parlement, et ce dans une relative indifférence.

Évidemment, la disposition n'a pas d'effet rétroactif et ne vaut que pour le futur, mais la loi constitutionnelle instaure une précision chronologique de toute première importance. En fixant, dans l'article 4 de la loi constitutionnelle, comme critère d'application de cette disposition nouvelle, la convocation, postérieure au 1<sup>er</sup> juillet 2004, d'une conférence intergouvernementale par le Conseil européen relative à de nouvelles adhésions, la France entend sélectionner ces nouveaux référendums obligatoires et ne pas l'imposer à l'adhésion de pays avec lesquels la négociation menée par l'Union européenne a déjà été engagée<sup>16</sup> : il s'agit de la Bulgarie, de la Roumanie et de la Croatie. En revanche, pour les autres Etats pour lesquels des négociations officielles n'ont pas encore été conduites, comme la Turquie, l'Ukraine ou d'autres pays des Balkans, un référendum devra être organisé. C'est ainsi que le 17 décembre 2004, le Conseil européen a pris la décision d'engager des négociations avec la Turquie en vue de l'adhésion de cet Etat à l'Union européenne. La Constitution fait ainsi semblant de prévoir une disposition générale qui est en réalité un moyen-habile de renvoyer à plus tard la réponse à une question de grande actualité. La Constitution sert de cadre ou de faux nez à une question ponctuelle sous couvert de généralité. C'est d'autant plus regrettable que cette disposition de l'article 4 s'inscrit dans une rédaction déjà discutable de la Constitution.

## B UNE RÉVISION FORMELLEMENT ORIGINALE

Pour la première fois en matière de construction européenne, l'adaptation de la Constitution au nouveau traité ne se fait pas en une seule fois mais est réalisée en deux temps, dont le second est soumis à une condition aléatoire. Il y aura ainsi, pendant une durée indéterminée, deux textes constitutionnels en parallèle dont l'un sera destiné à remplacer l'autre, sous réserve du cas particulier de l'article 4 de la loi constitutionnelle.

### 1 Un texte à application différenciée

La loi constitutionnelle se présente en deux parties principales, que sont, d'une part, les articles 1 et 2 et l'article 3 d'autre part, sans compter l'article 4 précité. A ces parties de la révision qui peuvent être considérées comme directement européennes en ce qu'elles seront pour l'essentiel insérées au titre XV, il faut ajouter la modification déjà citée de l'article 60 relatif à

la compétence du Conseil constitutionnel en matière d'opérations de référendum organisées « prévues[...] au titre XV ».

Les deux premiers articles ont vocation à s'appliquer dès la promulgation de la loi constitutionnelle, et ce sont deux nouvelles dispositions qui sont ainsi directement intégrées dans la Constitution. Il s'agit d'une part du nouvel alinéa 2 de l'article 88-1 ainsi rédigé: « (La France) peut participer à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004 ». L'autre disposition est l'article 88-5 relatif au référendum approuvant les nouvelles adhésions dans une rédaction que l'on pourrait qualifier de première. Le contenu de cet article sera en effet dans un futur article 88-7 dont la vocation sera plus permanente.

Par opposition, l'article 3 de la loi est destiné à insérer dans le texte constitutionnel des dispositions à vocation définitive, à l'échelle évidemment de la présente Constitution et de l'actuelle construction européenne, à la place des actuels articles 88-1 à 88-5 composant le titre XV, le dernier article ayant été introduit par la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005.

C'est, à partir de cet article 3, l'ensemble de ce titre XV, qui comprendra alors sept articles, de 88-1 à 88-7, qui sera réécrit, non seulement par rapport à la rédaction en vigueur au 28 février 2005, mais aussi par rapport à celle qui est applicable depuis l'entrée en vigueur de la présente loi constitutionnelle, jusqu'à la ratification du traité européen par l'ensemble des Etats, c'est-à-dire l'entrée en vigueur du traité européen. Cette dernière n'est donc pas à l'abri d'une absence de ratification du traité par l'un des Etats membres. Dans ce cas, l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles est reportée à une date ultérieure. Dans l'hypothèse où tous les Etats ratifient le traité, l'entrée en vigueur de la Constitution révisée doit intervenir le 1<sup>er</sup> novembre 2006, selon l'article IV-448 §2 du traité. Dans le cas contraire, le même article prévoit que cette entrée en vigueur se fera « le premier jour du deuxième mois suivant le dépôt de l'instrument de ratification de l'Etat signataire qui procède le dernier à cette formalité ».

Une disposition constitutionnelle voit son application conditionnée par un élément extérieur à la Constitution et, en outre, extérieur à la France. Il est vrai qu'en 1992, les dispositions introduites par la loi constitutionnelle n. 92-554 n'avaient de sens que si le traité sur l'Union européenne était ratifié et entré en vigueur, mais la Constitution ne soumettait pas expressément cette application à une condition externe. Ces dispositions semblaient devoir s'appliquer immédiatement, ce qui n'était pas le cas.

Sur le plan formel, les dispositions définitives devront remplacer, automatiquement pourrait-on dire, le titre XV partiellement réécrit en 2005. Cette substitution conduira à ajouter deux articles nouveaux, 88-6 et 88-7 et à réécrire les articles 88-1 à 88-5, ainsi qu'à modifier l'intitulé du titre XV. Alors que, dans la rédaction actuelle de la Constitution, qui date de la loi

constitutionnelle n. 92-554 du 25 juin 1992, et qui n'a pas été modifiée dans la rédaction en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> mars 2005, le titre XV est consacré aux « Communautés européennes et à l'Union européenne », il deviendra, plus simplement, celui « De l'Union européenne », puisque les Communautés auront disparu avec l'entrée en vigueur du traité du 29 octobre 2004.

Le changement de contexte européen, lié à ce traité, entraîne aussi la référence au type de construction européenne à laquelle la France accepte de participer. Dans la première « version » du texte, applicable immédiatement, l'article 88-1 a pour but d'autoriser la France à participer à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité, puisque, dans la logique de l'article 54, la révision constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 a fait disparaître l'obstacle constitutionnel mis sur la route de la ratification. L'alinéa 2 nouveau ainsi inséré n'empêche pas le maintien dans la Constitution, de l'alinéa 1<sup>er</sup>, non modifié, qui a vocation à s'appliquer au cas où la loi autorisant la ratification ne serait pas adoptée. Cet alinéa 1<sup>er</sup> dispose, depuis 1992, que la République participe aux Communautés et à l'Union « constituées d'Etats qui ont choisi librement[...]d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». Il prendra évidemment toute son importance, en cas de non-ratification du traité par la France, puisqu'il symbolisera le choix du maintien de la construction européenne telle qu'elle résulte des traités antérieurs à celui du 29 octobre 2004.

Dans sa rédaction applicable après l'entrée en vigueur du traité, l'article 88-1, composé d'un seul alinéa, se contentera de constater, et non plus d'autoriser, que « Dans les conditions fixées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004, la République française participe à l'Union européenne, constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences », ce qui reprend partiellement la rédaction de l'actuel alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 88-1.

De la même manière, alors que l'article 88-5 applicable dès maintenant traite de l'adhésion de nouveaux Etats « à l'Union européenne et aux Communautés européennes », c'est logiquement que le futur article 88-7 n'envisage que l'adhésion d'un Etat « à l'Union européenne », les autres structures, au moment où cet article trouvera à s'appliquer, ayant disparu.

## 2 Une révision à double détente

La loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 contient en réalité deux révisions dans un même texte ou, si l'on préfère, prévoit une révision dans la révision. La première est en effet destinée à devenir obsolète dans un avenir proche mais aléatoire et elle sera remplacée par un second texte. Il s'agit donc de dispositions intégrées de suite dans la Constitution mais qui ont une espérance de vie limitée. Elles sont en sursis et sont condamnées à disparaître, dans la logique de la loi tout au moins. Pendant la période

d'application de ces dispositions « provisoires », l'article 3 de la loi constitutionnelle, qui comprendra la rédaction renouvelée et complétée du titre XV, restera quant à lui inséré dans cette loi, avec vocation à rejoindre le texte constitutionnel dans le futur.<sup>17</sup> Durant cette période, la Constitution et la loi constitutionnelle seront deux textes différents alors que, jusqu'à présent, du moins sous la Vème République, une loi constitutionnelle était destinée à contenir formellement le contenu d'une révision et devait en quelque sorte disparaître dans le texte constitutionnel, sans avoir vocation à perdurer en tant que telle, un peu comme une loi dont le contenu serait intégralement absorbé dans des codes. La loi « porteuse » n'existe que durant le temps de la codification et est destinée à disparaître, sur le fond tout au moins : ses dispositions sont intégrées dans le ou les codes et si la loi subsiste formellement, elle est privée de sa substance. Coexistent de manière durable deux textes de même valeur, le premier ayant à nourrir le second.

Jusqu'en 2005, les lois constitutionnelles ont subi un sort identique, même si, juridiquement, elles n'ont pas disparu lorsque leur contenu a été intégré dans le texte constitutionnel. Les normes de ces lois constitutionnelles font corps avec la Constitution et la loi constitutionnelle n'est que le procédé par lequel la Constitution est révisée. Il s'agit d'ailleurs d'un mécanisme usuel puisque la Constitution est, au départ, une loi constitutionnelle qui est promulguée comme telle.<sup>18</sup>

L'histoire a montré néanmoins qu'il pouvait y avoir dissociation de la loi constitutionnelle et de la Constitution, comme l'ont montré les trois lois constitutionnelles du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics, du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat et celle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics.<sup>19</sup> Dans le cas de la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005, son article 3 restera, pendant un délai incertain, intégré en son sein, et cette loi sera en réserve de la Constitution, opérant un autre exemple de distinction entre loi constitutionnelle et Constitution.

L'article 4 de cette loi constitutionnelle présente une particularité encore plus remarquable puisque cette disposition restera au sein de cette loi, même après l'entrée en vigueur du traité européen, et donc du futur titre XV rénové, au moins pour une partie de ses dispositions. En effet, alors qu'il intéresse le champ politique et géographique des référendums relatifs à l'adhésion de nouveaux États, il prévoit, comme cela a été dit, deux cas de figure, en fonction de la ratification ou non complète du traité, qui intéressent deux articles numérotés différemment mais au contenu quasiment identique, les articles 88-5 dans sa rédaction actuelle et le futur article 88-7. Mais, dans un cas de figure ou dans l'autre, même si l'un d'entre eux a une vocation plus permanente, il s'agit de fixer les modalités d'application de ces dispositions. Cet article 4 n'a pas vocation à être intégré au sein de la Constitution et est condamné à rester dans cette loi constitutionnelle.

A terme, si la traité européen entre en vigueur, il ne restera de et dans cette loi du 1<sup>er</sup> mars 2005, que cet article 4, qui aura bien valeur constitutionnelle, mais qui sera destiné à expliquer et à rendre applicable le futur article 88-7 relatif aux référendums, mais qui en sera disjoint. Cet article 88-7 ne sera juridiquement applicable qu'au regard de cet article 4 qu'il faudra chercher ailleurs que dans le texte de la Constitution. En termes d'intelligibilité de la Constitution, ce qui est une exigence minimale puisque cette dernière exige l'intelligibilité de la loi<sup>20</sup>, cette révision éclatée risque de poser quelques problèmes de lecture.

## II UNE RÉVISION-ADAPTATION À LA NOUVELLE UNION EUROPÉENNE.

C'est surtout l'étage numéro 2 de la loi portant révision constitutionnelle qui est concerné ici. Les deux dispositions nouvelles introduites dès le 1<sup>er</sup> mars 2005, d'une part, la modification de l'article 88-1 destinée à permettre le vote de la loi autorisant la ratification du traité et, d'autre part, l'insertion de l'article 88-5 relatif aux référendums relatifs aux nouvelles adhésions, ont vocation, pour la première, à permettre la ratification du traité et, pour la seconde, à être remplacée par une disposition à peu près identique sur le fond.<sup>21</sup> La révision qualifiée de minimale est surtout celle qui est destinée à s'appliquer après l'entrée en vigueur du traité européen et elle intéresse le nouveau Titre XV.

Elle concerne aussi bien le transfert de compétences nouvelles et leur mode d'exercice que les attributions des parlements nationaux. Les uns et les autres ont nécessité l'intervention du constituant.

### A La constitutionnalisation du transfert de compétences.

Le constituant a souhaité procéder à une révision qui bouleverse le moins possible le texte constitutionnel. Il a donc choisi de modifier la rédaction de l'article 88-1, mais celle-ci est nécessairement différente avant et après l'entrée en vigueur du traité.

#### 1 Les variations de l'article 88-1.

Le nouvel article 88-1, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005, permet la ratification du traité européen, réaffirmant le caractère central de cette disposition dans l'insertion de la construction communautaire et de l'Union européenne dans la Constitution. Cette disposition, malgré son caractère général, qui pouvait être perçue aussi comme une disposition purement programmatique et sans valeur normative, est bien celle qui permet de rendre conforme à la Constitution française la construction européenne.

D'une certaine manière, il confirme la jurisprudence du Conseil constitutionnel issue de la jurisprudence de la décision n. 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique<sup>22</sup> dans laquelle il a utilisé, pour la première fois dans ce sens, l'article 88-1 de la Constitution, introduit lors de la révision du 25 juin 1992.

Pour bien signifier que cette décision n'était pas le fruit d'une erreur d'interprétation, le Conseil a récidivé dans les décisions qui ont suivi celle du 10 juin 2004.<sup>23</sup> Le recours à l'article 88-1 a pour effet, cependant, dans ces décisions, non pas d'accroître les compétences du Conseil mais de les restreindre. Lorsque la loi n'est que la transcription pure et simple d'une directive, il n'appartient pas, on devrait dire plus, au Conseil constitutionnel de vérifier la constitutionnalité de la loi (consid 7 de la décision 496 DC). Le Conseil a estimé que ces dispositions législatives résultaient en réalité de la directive que la loi se contentait de transposer en droit interne.<sup>24</sup> Lorsqu'une loi n'est que la conséquence nécessaire et exacte d'un texte communautaire, il n'est pas utile d'en contester la constitutionnalité car cela reviendrait à en contester la « communautarité », ce que le Conseil n'est pas habilité à faire. Seul le juge communautaire est compétent pour connaître de la régularité des actes communautaires, y compris de leur éventuelle inconstitutionnalité.

Selon cette jurisprudence, c'est bien l'article 88-1 qui donne un fondement constitutionnel à la construction européenne et c'est lui qui justifie à la fois la supériorité de la Constitution dans l'ordre juridique interne et le refus de contrôler les lois qui ne seraient que la transposition de directives, l'article 88-1 justifiant par avance les transferts de compétences au profit de l'ordre juridique communautaire.

La révision du 1<sup>er</sup> mars 2005 ne fait que renforcer le caractère central de cet article, en l'adaptant aux nouvelles conditions de la construction européenne nées du traité du 29 octobre 2004.

Dans sa rédaction qui se veut définitive et qui est destinée à s'appliquer à compter de l'entrée en vigueur du traité, l'article 88-1 est à la fois simplifié et compliqué. Il continue de justifier, constitutionnellement, la construction européenne et de consacrer la primauté du droit communautaire. Mais est ainsi renouvelé le mécanisme consistant à inscrire dans la Constitution française, nationale pourrait-on dire, une sorte de Constitution à l'usage de l'Europe, ce à quoi le constituant procède depuis 1992. Le titre XV est une sorte de « Constitution dans la Constitution » et la révision de 2005 ne change rien à cet état du droit. Plus précisément, l'article 88-1 exprime le consentement aux transferts de compétences dans une rédaction qui reprend celle, en l'adaptant, de l'actuel alinéa 1<sup>er</sup> de ce même article: c'est en effet une participation à « l'Union européenne, constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences » qui est consacrée, la référence aux Communautés européennes n'ayant plus lieu d'être dans la rédaction nouvelle.

De « peut participer », formule inscrite par la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 et nécessaire à la ratification de ce traité, le texte précisera que la France « participe » à l'Union, ce qu'affirmait déjà l'article 88-1 dans sa version de 1992. Dans un cas comme dans l'autre, il ne s'agit plus d'autoriser, ou de lever un obstacle constitutionnel sur la voie de la ratification, mais de constater l'intégration de la France dans un ensemble supra-national et les transferts de compétences qui vont avec. Le constituant de 1992 n'avait cependant pas pris ces précautions et avait inscrit, avant même toute ratification du traité et son entrée en vigueur, l'affirmation selon laquelle la France « participe » aux Communautés européennes et à l'Union européenne. Ce que la Constitution de 2005 perd en lisibilité du fait cette rédaction évolutive de l'article 88-1, elle le gagne en précision, par rapport à celle rédigée en 1992.

Mais le nouvel article 88-1 est à la fois en retrait et plus large que les dispositions antérieures correspondantes. Alors que la rédaction initiale ne mentionnait qu'une construction « abstraite », sans référence à des traités identifiés et datés, l'article 88-1 nouveau, tant dans son alinéa 2 applicable dès maintenant que dans sa rédaction potentielle, fait référence au « traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004 ». Ce n'est que dans le cadre de ce traité que les transferts de compétences sont autorisés. Toute modification de ces transferts, dans le cadre de nouveaux traités, devrait s'accompagner de nouvelles révisions constitutionnelles, sous réserve des procédures de révision simplifiée (cf. infra).

Pour autant, le constituant de 2005 a choisi, pour la première fois en matière de construction européenne, de ne pas dresser, la liste des transferts de compétences auxquels la France consent. Le traité du 29 octobre 2004 n'a pas augmenté en substance le domaine des compétences de l'Union européenne, à la différence des traités de Maastricht et Amsterdam, mais il modifie toutefois en profondeur l'exercice des compétences de l'Union. Le Parlement européen devient un véritable co-législateur en raison de l'élargissement considérable de la procédure de codécision. Le traité fait passer de la « méthode intergouvernementale » à la « méthode communautaire » les matières relevant de la politique étrangère et de sécurité et de l'espace de liberté, de justice et de sécurité et il double le nombre de domaines dans lesquels le Conseil vote à la majorité qualifiée.

Sur le fondement de ces constats, le Conseil constitutionnel a affirmé, dans sa décision 505 DC, qu'« appellent une révision constitutionnelle les clauses du traité qui transfèrent à l'Union européenne des compétences affectant les conditions essentielles de la souveraineté nationale dans des domaines ou selon des modalités autres que ceux prévus par les traités mentionnés à l'article 88-2 » et qui impliquent une révision de la Constitution française (considérant 24). Dans le cas du traité de 2004, et à la différence de ses décisions 92-308 du 9 avril 1992 et 97-394 du 31 décembre 1997 nées

des traités relatifs à l'Union européenne, le Conseil procède cependant de manière originale, en se contentant de faire précéder l'énumération des compétences intervenant dans des matières nouvelles d'un « notamment » qui implique la non-exhaustivité: c'est le cas du domaine du contrôle aux frontières (art. III-265) du domaine de la coopération judiciaire en matière civile (art. III-269) et pénale (art. III-270 et III-271) (cf. considérant 30).

Dans cette perspective, afin de ne pas dresser une liste des compétences transférées, le constituant s'est contenté de déclarer que la France participait à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité signé le 29 octobre 2004. En ce sens, le constituant français reconnaît qu'il perd sa souveraineté dans toutes les matières dans lesquelles le Conseil avait relevé qu'il y avait affectation des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et il est contraint d'accepter en bloc le traité. Sa mission ne consistait pas à dire s'il était pour ou contre le contenu de ce texte mais de déterminer les conditions dans lesquelles le traité pouvait être mis en conformité avec la Constitution. En postulant dans le nouvel article 88-1 que la France a accepté le traité, est supprimée toute incompatibilité entre celui-ci et la Constitution française.

Des commentateurs de la décision 505 DC ont souligné qu'il reviendrait au pouvoir constituant de choisir entre deux méthodes pour réviser la Constitution.<sup>25</sup> Soit, conformément aux précédents de Maastricht et d'Amsterdam, il pouvait introduire dans la Constitution, et ce ne pouvait être que dans un nouvel article 88-2, la liste des domaines sujets à réaménagement de compétences en vertu du traité. Soit, et c'était la solution la plus réaliste et conforme à la méthode du Conseil constitutionnel, le pouvoir constituant pouvait opter pour une révision plus générale visant implicitement et globalement toutes les stipulations du traité incompatibles avec la Constitution. C'est en effet cette seconde solution que le pouvoir constituant a choisie.

Il n'y a cependant pas de clause générale de révision, permettant de futurs transferts de compétences, car le transfert qui est autorisé par le constituant est limité aux conditions du traité le 29 octobre 2004. Néanmoins, celui-ci prévoit des dispositions qui sont directement inconstitutionnelles mais parce qu'il prévoit des procédures qui, lorsqu'elles seront utilisées, pourront donner lieu à des situations inconstitutionnelles (consid 33 à 36 de la décision 505 DC). Il s'agit des « clauses passerelles » qui permettent au Conseil, statuant à l'unanimité, de décider qu'une matière qui ne peut être réglée qu'à l'unanimité pourra désormais faire l'objet de décisions à la majorité qualifiée. Ces clauses passerelles permettront en effet de faire évoluer les compétences de l'Union sans qu'une ratification soit nécessaire. L'article 88-1 procède donc à une sorte de constitutionnalisation par avance d'un traité évolutif.

Anne Levade a noté que le raisonnement utilisé par le Conseil constitutionnel est en fait la conséquence indirecte des difficultés

rencontrées par la France lors de la transposition de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen: « de tels réaménagements étant opérés par un acte unilatéral de l'Union européenne, ils conduisent nécessairement à la mise en place de nouvelles modalités d'exercice de compétences déjà transférées et, ne pouvant faire, le moment venu, l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, doivent être anticipées par une révision constitutionnelle». <sup>26</sup> Il était donc nécessaire de procéder à une révision constitutionnelle même si l'atteinte demeure virtuelle tant que les clauses passerelles ne sont pas mises en œuvre.

Du fait de la généralité de l'article 88-1 nouveau, les articles relatifs à des transferts de compétences spécifiques perdent de l'importance dans le futur titre XV.

## 2 Les modifications des articles 88-2 et 88-3.

Le titre XV qui devrait s'appliquer après l'entrée en vigueur du traité est en grande partie réécrit. Cette rédaction nouvelle concerne les articles 88-2 et 88-3.

Le premier, inséré dans la Constitution en 1992 et qui a fait, depuis cette date, l'objet de deux révisions, l'une par la loi constitutionnelle n. 99-49 du 25 janvier 1999, l'autre par celle n. 2003-267 du 25 mars 2003, était relatif à certains transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne, ainsi qu'aux compétences relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés. La dernière révision concernait le mandat d'arrêt européen. La rédaction nouvelle vide de la plus grande partie de sa substance cet article 88-2. La référence aux traités européens antérieurs, celui de Maastricht du 7 février 1992 et celui d'Amsterdam du 2 octobre 1997, devient en effet inutile et la rédaction actuelle de l'article 88-2 devient caduque. Une rédaction qui reprendrait la liste des stipulations du traité que la Constitution entend autoriser aurait contribué à alourdir considérablement le texte constitutionnel.

En revanche est maintenue la mention selon laquelle « la loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne », sous la réserve que ces derniers actes ont remplacé les « actes pris sur le fondement du traité sur l'Union européenne », ce qui n'était plus nécessaire et pas adapté au transfert concerné, dans la mesure où il s'agissait de l'application d'un acte de droit dérivé.

L'article 88-3 est, par comparaison avec le précédent, maintenu pour l'essentiel, avec un certain nombre de modifications cependant. Disparaît tout d'abord la condition tenant à la « réserve de réciprocité » qui n'a pas lieu d'être dans le droit de l'Union européenne, qui exige la ratification des

traités à l'unanimité. Disparaît aussi, comme dans le cas de l'article 88-2 et pour les mêmes raisons, la référence au traité sur l'Union du 7 février 1992. Ne figure plus non plus, dans le nouvel article 88-3, la référence aux « seuls » citoyens de l'Union, cette restriction apparaissant un peu injurieuse pour les autres citoyens.

Comme il ne s'agit pas d'un transfert de compétences, l'article 88-1 à lui seul ne pouvait pas autoriser cette extension du droit de vote, d'autant que l'article 3 alinéa 4, qui réserve le droit de vote aux seuls nationaux selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Déc. 308 DC précitée) est bien sûr maintenu, et que l'article 88-3 est une sorte de dérogation expresse au principe général de cet article 3. En outre, il fallait bien inscrire dans la Constitution que ce droit de vote et d'éligibilité n'emporte toujours pas celui d'être élu maire ou adjoint ni celui de participer à la désignation des électeurs sénatoriaux ni à l'élection des sénateurs. Sur ces deux points essentiels pour la France, la Constitution nouvelle ne change rien à la rédaction de l'article 88-3 et les citoyens européens continuent de ne pas être des citoyens comme les autres. Mais, comme le précise l'article 1-10 § 2 du traité européen, « la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ».

## **A Le renforcement des attributions du Parlement français.**

Ce renforcement est l'un des motifs de la déclaration d'inconstitutionnalité du traité par le Conseil constitutionnel car celui-ci a estimé que la Constitution ne prévoyait pas ces compétences nouvelles et qu'il y avait une inconstitutionnalité du fait des lacunes du texte constitutionnel français. Les compétences nouvelles des parlements nationaux intéressent tant l'examen de textes européens que leur participation, indirecte, aux procédures de révision du traité.

### **1 L'examen des textes européens.**

Dans le cadre du Titre XV issu de la révision de 1992, le Parlement avait obtenu- ou arraché - la possibilité de voter des résolutions sur les projets ou propositions d'actes comportant des dispositions de nature législative.

Cet article 88-4, modifié par la loi constitutionnelle n. 99-49 du 25 janvier 1999, est maintenu dans le futur titre XV, sous réserve encore de modifications adaptées au nouveau contexte européen. Les actes européens deviennent les « actes législatifs européens » tels qu'ils sont conçus et définis à l'article I-34 du traité européen. Ces actes considérés comme législatifs dans le droit européen pourraient ne pas avoir une « nature législative » au sens de l'article 34 de la Constitution française et donner ainsi une compétence nouvelle au Parlement, ce que confirme la rédaction du nouvel article 88-4, qui distingue les actes législatifs européens et ceux qui

comporteraient des dispositions qui sont du domaine de la loi. Mais il ne s'agit, dans un cas comme dans l'autre, que d'adopter des résolutions.

L'Assemblée nationale a refusé d'étendre ce pouvoir à l'ensemble des actes européens. Elle a, suivie en cela par le Sénat, rejeté un amendement déposé par M. Balladur souhaitant que le Parlement soit saisi, automatiquement, de tous les actes ou documents européens, sur demande du président de chacune des assemblées ou de soixante députés ou 60 sénateurs, ce qui aurait permis le vote d'une résolution. La commission des lois de l'Assemblée a vu dans cette proposition une atteinte aux prérogatives du Président de la République en matière internationale et l'a repoussée.<sup>27</sup> Ce ne seront que les actes « comportant des dispositions de nature législative » qui pourront faire l'objet d'une saisine du Parlement.

Par ailleurs et afin de mieux garantir le respect des souverainetés nationales et la démocratie dans l'Union européenne, le traité du 29 octobre 2004 a donné de nouveaux droits aux parlements nationaux, relatifs l'examen de la conformité d'un acte législatif européen.

Le Conseil constitutionnel a relevé que deux de ces nouveaux droits posaient un problème de constitutionnalité dans la mesure où il n'y avait pas de fondement constitutionnel pour l'exercice des prérogatives parlementaires qui avaient été prévues. Le constituant devait intervenir pour légitimer ces attributions nouvelles conférées au Parlement français (considérant 37 à 41).

Il s'agit, tout d'abord, de la possibilité pour le Parlement français de saisir le Conseil, le Parlement européen ou la Commission européenne en vue de demander l'application du principe de subsidiarité. Cette disposition figure au protocole n. 2 (art. 6 et 7) qui prévoit un mécanisme d'association des parlements nationaux destiné à favoriser le respect du principe de subsidiarité, et auquel renvoie l'article I-11 du traité.

Dans un délai de six semaines à compter de la transmission d'un projet d'acte législatif, toute chambre d'un parlement national peut adresser aux institutions de l'Union un « avis motivé » exposant les raisons pour lesquelles elle estime que ce texte ne respecte pas le principe de subsidiarité. Les institutions de l'Union « tiennent compte » des avis motivés qui leur sont adressés.

Cette compétence du Parlement français est introduite par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 88-5 dans sa rédaction applicable après l'entrée en vigueur du traité. Celui-ci dispose que « L'Assemblée nationale ou le Sénat peuvent émettre un avis motivé sur la conformité d'un projet d'acte législatif européen au principe de subsidiarité. L'avis est adressé par le président de l'assemblée concernée aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission de l'Union européenne. Le gouvernement en est informé ». Alors que la construction européenne nous avait plutôt habitués à voir le gouvernement prendre des décisions et le parlement se contenter d'en être

informé, c'est le schéma inverse qui est ici introduit. La disposition nouvelle renforce en outre le bicaméralisme égalitaire, en donnant des droits identiques à l'Assemblée et au Sénat. C'est également le cas pour les compétences données au Parlement en matière de saisine de la Cour de justice de l'Union européenne.

Les parlements nationaux peuvent désormais saisir la Cour de justice, selon un mécanisme prévu à l'article 8 du protocole n. 2. Après l'adoption d'un texte, la Cour de justice peut être saisie par un État membre d'un recours pour violation du principe de subsidiarité émanant d'un parlement national ou d'une chambre de celui-ci. Le recours est toujours formellement présenté par le gouvernement d'un État membre, mais le protocole ouvre la possibilité qu'il soit simplement « transmis » par ce gouvernement, l'auteur véritable du recours étant le parlement national ou une chambre de celui-ci.

On pouvait se demander s'il fallait ou non introduire cette formule dans l'ordre juridique interne, la crainte étant de ne voir, comme c'est le cas depuis que ce principe est inscrit dans le droit de l'Union par le traité de Maastricht, aucun gouvernement français, quelle que soit son orientation politique, s'adresser à la Cour de justice pour lui demander de contrôler le respect du principe de subsidiarité par un acte de l'Union. Si la « transmission » par le Gouvernement de recours formés par les assemblées n'est pas prévue dans le texte constitutionnel, tout pouvait laisser à penser que, comme par le passé, de tels recours ne seraient jamais introduits, ce qui réduirait les chances de voir le principe de subsidiarité être effectivement pris en compte par les institutions de l'Union.

La révision constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 a finalement introduit ce dispositif dans l'ordre juridique interne par un article 88-5 al 2:

«Chaque assemblée peut former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité. Ce recours est transmis à la Cour de justice de l'Union européenne par le Gouvernement.

A ces fins, des résolutions peuvent être adoptées, le cas échéant en dehors des sessions, selon des modalités d'initiative et de discussion fixées par le règlement de chaque assemblée.»

## **1 Le Parlement, gardien indirect de la procédure de révision du traité.**

Parmi les nouvelles attributions conférées aux parlements nationaux par le traité, figure un rôle particulier de vigilance en cas de modification simplifiée du traité, à laquelle ceux-ci peuvent s'opposer.

L'article IV-444 du traité ouvre en effet la possibilité de modifier sur deux points les modalités d'adoption des actes de l'Union, sans qu'il soit nécessaire de passer par la procédure ordinaire de révision, dans le cas du passage de l'unanimité à la majorité qualifiée pour une décision du Conseil,

et dans celui du passage d'une procédure législative spéciale (c'est-à-dire une procédure autre que la codécision entre le Parlement européen et le Conseil) à la procédure législative ordinaire (codécision).

Ces deux « clauses-passerelles », selon les termes doctrinaux que reprend le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 2004 (consid. 33 et 35), sont applicables à tous les actes de l'Union prévus par la partie III du traité constitutionnel (articles III-115 à III-436), à l'exception des décisions ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense. La décision de mettre en oeuvre une « clause-passerelle » est prise par le Conseil européen à l'unanimité. Elle doit être approuvée par le Parlement européen, mais chaque Parlement national dispose, avant que la décision ne soit prise, d'un droit d'opposition, car l'initiative du Conseil européen est transmise aux parlements nationaux. Cette transmission ouvre un délai de six mois durant lequel tout parlement national peut s'opposer à la mise en oeuvre de la « clause-passerelle ». Si, à l'expiration de ce délai, aucun parlement national n'a notifié son opposition, le Conseil européen peut statuer.

Afin de donner un fondement à cette nouvelle compétence du Parlement français, la loi constitutionnelle a inséré un nouvel article 88-6 ainsi rédigé: «Par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat, le Parlement peut s'opposer à une modification des règles d'adoption d'actes de l'Union européenne selon la procédure de révision simplifiée du traité établissant une Constitution pour l'Europe.»

Cette inscription d'une compétence nouvelle au profit du Parlement français constitue une évolution importante dans les droits de ce dernier, d'autant qu'elle donne des droits égaux aux deux assemblées.<sup>28</sup> L'inconstitutionnalité qui a été relevée par le Conseil est cependant originale car elle ne résulte pas de ce que dit la Constitution mais de son silence. Il s'agit d'une sorte d'inconstitutionnalité « en creux » en matière de compétence parlementaire : plusieurs prérogatives nouvelles sont conférées aux Parlements nationaux par le traité alors que la Constitution française ne comporte pas les bases juridiques suffisantes de nature à permettre l'exercice de ces prérogatives.

Pour François Luchaire, ces nouvelles prérogatives reconnues aux Parlements nationaux ont en outre pour effet de modifier la répartition des pouvoirs. En effet, en France, la légitimité du pouvoir politique est partagée entre le Parlement et l'Exécutif.<sup>29</sup> Ainsi, l'attribution de compétences spécifiques aux Parlements nationaux dans le cadre de l'Union, et notamment la possibilité de faire opposition à certains actes, est susceptible de limiter la portée des attributions que la Constitution française réserve à l'exécutif dans la conduite des affaires européennes, sur le fondement principal de l'article 52, qui ne distingue cependant pas, pour des raisons évidentes de chronologie, les compétences présidentielles en matière européenne et celles qu'il peut

exercer en matière internationale. On pourrait d'ailleurs penser que la politique communautaire puis européenne rentre dans le champ des attributions du Gouvernement au titre de l'article 20, tant elle fait corps avec la politique « nationale », ce qui rend le partage traditionnelle des rôles au sein des deux têtes de l'Exécutif plus délicat que sur la scène véritablement « internationale».

Le Conseil constitutionnel n'a pas fait mention d'autres compétences nouvelles attribuées aux Parlements nationaux et ces dispositions n'ont donc pas eu besoin de faire l'objet d'une révision constitutionnelle. Le traité prévoit cependant à quatre reprises un rôle spécifique des parlements nationaux car ces derniers doivent être informés de la teneur et des résultats de l'évaluation de la mise en oeuvre, par les autorités des États membres, des politiques de l'Union en matière d'espace de liberté, de sécurité et de justice (art. III-260) et de ceux du comité permanent chargé de favoriser la coordination entre les autorités des États membres en matière de sécurité intérieure (art. III-261). Toujours dans ces mêmes domaines, les parlements nationaux sont associés à l'évaluation et au contrôle « des activités d'Eurojust et d'Europol » (art. III-273 et III-276). Les parlements nationaux, indépendamment des gouvernements, reçoivent donc des compétences dans l'évaluation ou le contrôle d'instances qui ne sont pas « nationales».

Pour Paul Cassia et Emmanuelle Saulnier-Cassia, ces prérogatives sont comparables aux dispositions pour lesquelles le Conseil constitutionnel a estimé qu'une révision était nécessaire, en ce qu'elles pourraient conduire les assemblées à adopter des délibérations décisives.<sup>30</sup> Ils reprochent donc au Conseil de ne pas les avoir relevées alors même que les sénateurs avaient également soulevé ce point. De même, pour Jérôme Roux, même si les modalités restent encore à déterminer par la loi européenne, dans son principe, cette contribution du Parlement contrevient à la Constitution dans la mesure où par ce biais le Parlement français pourra indirectement contrôler l'action gouvernementale.<sup>31</sup>

Quelle que soit l'issue du référendum du 29 mai 2005, les dispositions de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005 ne seront pas abrogées, malgré les éventuelles lacunes et les imperfections du texte. Juridiquement, du moins. Politiquement, c'est une autre question.

<sup>1</sup> JO du 24 novembre 2004, p. 19885.

<sup>2</sup> Voir le titre du journal Monde du 17 février 2005: « Jean-Pierre Raffarin veut «aller vite» au référendum».

<sup>3</sup> Décret n. 2005-218 du 9 mars 2005 décidant de soumettre un projet de loi au référendum, JO du 10 mars 2005, p. 3984.

<sup>4</sup> Décret du 18 février 2005 tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au Parlement réuni en Congrès, cf. JO du 19 février 2005, p. 2833. Ce sont en effet deux projets de loi qui ont été

adoptés par le Congrès le 28 février 2005: outre le projet de loi constitutionnelle modifiant le titre XV de la Constitution, le Congrès a adopté le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, devenu la loi constitutionnelle n. 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005, JO du 2 mars 2005, p. 3697. Sur ce dernier texte, voir VERPEAUX, Michel. La loi constitutionnelle n. 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement. *La semaine juridique*, édition générale, n. 14, 06 avril 2005, p. 657-658.

<sup>5</sup> La Commission des lois du Sénat avait recommandé d'adopter le projet de loi constitutionnelle sans modification (Rapport présenté par Patrice Gélard, n. 180 de l'année 2004-2005, désigné ci-après Rapport Sénat).

<sup>6</sup> Cette rédaction est issue de la loi constitutionnelle n. 92-554 du 25 juin 1992.

<sup>7</sup> Ce point de vue avait été soutenu par l'auteur de ces lignes lors de la Journée d'études organisée par l'Association française des constitutionnalistes le 16 décembre 2004 à l'Université Paris-1 et consacrée à l'examen de cette décision et ses suites (actes à paraître).

<sup>8</sup> Par un engagement du Président de la République en date du 1<sup>er</sup> octobre 2004. Rapport Assemblée nationale, p. 34.

<sup>9</sup> Parmi les principales, signalons celles de: MATHIEU, Bertrand. La «Constitution» européenne ne menace pas la République. *Dalloz*, Paris, n. 43, 2004, p. 3075-3077; VERPEAUX, Michel. La voie de la ratification de la «Constitution» européenne est ouverte. *Semaine juridique (J.C.P.)*, Paris, n. 52-53, 2004, p. 2348-2351; SCHOETTL Jean-Éric. La ratification du «Traité établissant une Constitution pour l'Europe» appelle-t-elle une révision de la Constitution française? *Les petites affiches*, Paris, n. 238, 29 novembre 2004, p. 3-25; SUDRE, Frédéric. Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel «sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union». *Réflexions critiques. Revue française de droit administratif*, Paris, n. 1, 2005, p. 34-39; DORD, Olivier. Le Conseil constitutionnel face à la «Constitution européenne»: contrôle des apparences ou apparence de contrôle? *Actualité juridique droit administratif*, Paris, n. 4, 2005, p. 211-219; CASSIA Paul et SAULNIER-CASSIA, Emmanuelle. Le traité établissant une constitution pour l'Europe et la constitution française. *Semaine juridique (J.C.P.)*, Paris, n. 5, 2005, p. 195-203; SIMON, Denys L'examen par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d'une Constitution pour l'Europe: fausses surprises et vraies confirmations. *Europe (Juris-Classeurs)*, Paris, n. 2, 2005, p. 6-9; LEVADE, Anne. Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne. *Revue du droit public*, Paris, n.1, 2005, p. 19-50; LUCHAIRE, François. La Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel. *Revue du droit public*, Paris, n. 1, 2005, p. 51-58; ROUX, Jérôme. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française. *Revue du droit public*, Paris, n. 1, 2005, p. 59-110; MAUGUE, Christine, Le Traité établissant une constitution pour l'Europe et les juridictions constitutionnelles. *Revue française de droit administratif*, Paris, n. 1, 2005, p. 30-33; LABAYLE, Henri et SAURON Jean-Luc. La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe. *Revue française de droit administratif*, Paris, n. 1, 2005, p. 1-29; CHALTIEL, Florence. Une première pour le Conseil constitutionnel: juger un Traité établissant une Constitution. *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, Paris, n. 484, 2005, p. 5-10.

<sup>10</sup> Voir les nombreuses notes doctrinales citées ci-dessus.

<sup>11</sup> Décisions 92-308 DC du 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne, 97-394 FV du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, et 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

<sup>12</sup> Décision 98-408 DC, Traité portant statut de la Cour pénale internationale signé à Rome le 18 juillet 1998.

<sup>13</sup> La différence rédactionnelle entre les deux versions ne concerne que l'objet de l'adhésion (cf. infra).

<sup>14</sup> Le Premier ministre propose au Président de la République le projet de loi constitutionnelle de l'article 89 tandis que le gouvernement peut être à l'origine, de manière parallèle aux deux assemblées, de la proposition visant à soumettre certains projets de loi au référendum législatif à l'article 11.

<sup>15</sup> Dans le même sens voir l'article 72-4 introduit par la loi constitutionnelle n. 2003-276, du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République. C'est le Président de la République qui décide d'organiser ces référendums, mais sur la proposition du Premier ministre ou celle conjointe des deux assemblées, sur le modèle, précisément, de l'article 11.

<sup>16</sup> L'article 4 de la loi constitutionnelle est rédigée de manière un peu contournée: « L'article 88-5, dans sa rédaction en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe, et l'article 88-7 de la Constitution ne sont pas applicables aux adhésions faisant suite à une conférence intergouvernementale dont la convocation a été décidée par le Conseil européen avant le 1<sup>er</sup> juillet 2004.»

<sup>17</sup> Voir les présentations formelles adoptées dans les plus récents ouvrages éditant la Constitution. Stéphane Rials, dans ses Textes constitutionnels français, a choisi de placer cet article en note de bas de page, sous le titre XV en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 2005 (Coll. Que sais-je? n. 2022. Paris: P.U.F., 2005). Stéphane Rials, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, dans leurs Textes constitutionnels de la Vème République, ont inséré cet article 3 à la suite du texte constitutionnel en précisant qu'il avait vocation à s'appliquer après l'entrée en vigueur du traité (Que sais-je? à paraître en mai 2006).

<sup>18</sup> Tel est bien sûr le cas de la Constitution du 4 octobre 1958, promulguée en tant que loi constitutionnelle par le Président de la République René Coty.

<sup>19</sup> La loi du 25 février est, malgré sa date et assez logiquement, considérée comme la première de ces lois constitutionnelles et elle a été promulguée et publiée avant celle qui fut adoptée le 24 février, au même numéro du 28 février 1875 du Journal officiel, respectivement p. 1521 et p. 1522. Cette dernière comprenait en effet un article 11 et dernier ainsi conçu: « La présente loi ne pourra être promulguée qu'après le vote définitif de la loi sur les pouvoirs publics ». Ce dernier article ne figure d'ailleurs pas dans le texte de la loi promulguée au Journal officiel.

<sup>20</sup> Depuis la décision du Conseil constitutionnel n. 99-421 du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par voie d'ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, il existe, on le sait, un objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

<sup>21</sup> On tiendra pour disposition d'importance mineure la modification déjà examinée de l'article 60.

<sup>22</sup> Décision n. 2004-496 DC du 10 juin 2004, JO du 22 juin 2004, p. 11182. Parmi une abondante liste de commentaires de cette importante décision, on peut citer les contributions de: CASANOVA, Jacques Arrighi de. La décision n. 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes, *Actualité juridique droit administratif*, Paris, n. 28, 2004, p. 1534-1537; ROUX, Jérôme. Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution. *Revue du droit public*, Paris, n. 24, 2004, p. 912-933; LEVADE, Anne. Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé. *Revue du droit public*, Paris, n. 4, 2004, p. 889-911; CASSIA, Paul. Le véritable sens de la décision n. 2004-496 du Conseil constitutionnel. *Actualité juridique droit administratif*, Paris, n. 26, 2004, p. 1385; MATHIEU, Bertrand. Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales. *Dalloz*, Paris, n. 25, 2004, p. 1739-1740; SCHOETTL, Jean-Eric. Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel. *Les petites affiches*, Paris, n. 122, 18 juin 2004, p. 10-21; GENEVOIS, Bruno. Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé. *Revue française de droit administratif*, Paris, n. 4, 2003, p. 651-661 et VERPEAUX, Michel. Contrôle de la loi transposant une directive communautaire. *Droit administratif*, Paris, n. 8-9, 2004, p. 27-2.

<sup>23</sup> Il s'agit des décisions 497 DC du 1<sup>er</sup> juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, en reprenant le même considérant de principe (Journal officiel du 10 juillet 2004, p. 12506) de la décision 2004-498 du 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique (Journal officiel du 7 août 2004, p. 14077), et de la décision et de la décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi No 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (Journal officiel du 7 août 2004, p. 14087)

<sup>24</sup> Au considérant 9 de la même décision, le Conseil fait mention des dispositions de la loi qui se bornent « à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du 1 de l'article 14 de la directive ».

<sup>25</sup> LEVADE, *op. cit.*, p. 42 et seq.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.47.

<sup>27</sup> *Rapport Assemblée nationale, op. cit.*, p. 48.

<sup>28</sup> Dans ce sens, voir ROUX, J. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française, *op. cit.*, dernière sous partie.

<sup>29</sup> LUCHAIRE., *op. cit.*, n. IV.

<sup>30</sup> CASSIA, Paul et SAULNIER-CASSIA, Emmanuelle. Le traité établissant une constitution pour l'Europe et la Constitution française, à propos de la décision n. 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel et du projet de loi constitutionnelle. *La Semaine juridique*, édition G., Paris, n. 5, du 2 février 2005, p. 202.

<sup>31</sup> ROUX, *op. cit.*

## A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1º DE MARÇO DE 2005, QUE MODIFICOU O TÍTULO XV DA CONSTITUIÇÃO FRANCESA (OU A REVISÃO SUSPENSA)

### RESUMO

Revisão constitucional francesa para fins de adaptação ao Tratado estabelecendo uma Constituição para a “Europa”. Aspectos curiosos de uma revisão constitucional condicionada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Revisão. Constituição. França. Condicionamentos. Tratado. Europa.

## THE AMENDMENT FROM MARCH 1ST 2005, WHICH CHANGED THE TITLE XV OF THE FRENCH CONSTITUTION (OR THE SO-CALLED SUSPENDED AMENDMENT)

### ABSTRACT

Change of the French Constitution in order to adapt to the Treaty that creates a Constitution for Europe. Peculiar aspects of an amendment elaborated under certain conditions.

**KEYWORDS:** Amendment. Constitution. France. Conditions. Treaty. Europe.

# 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-de-obra, 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 preencha, 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.

Brasília, em 5 de julho de 2005.

## **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 48, DE 10 DE AGOSTO DE 2005**

Acrescenta o § 3º ao art. 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura.

**AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL**, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 215 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

“Art. 215. ....

§ 3º. A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

- I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
- II - produção, promoção e difusão de bens culturais;
- III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
- IV - democratização do acesso aos bens de cultura;
- V - valorização da diversidade étnica e regional.”(NR)

Art. 2º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 10 de agosto de 2005

# EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL

## Observações:

1. A data indicada em negrito refere-se ao dia de publicação no Diário Oficial da União.
2. Íntegra dos textos legais pode ser obtida em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

## **30 de dezembro de 2005**

Lei Complementar nº 120, de 29.12.2005 - Altera dispositivos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 275, de 29.12.2005 - Altera a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), em função da alteração promovida pelo art. 33 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, e dispõe que o prazo a que se refere o art. 2º da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, para reutilização do benefício da isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, aplica-se inclusive às aquisições realizadas antes de 22 de novembro de 2005.

Medida Provisória nº 274, de 29.12.2005 - Inclui e altera dispositivos na Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação, e dá outras providências.

## **28 de dezembro de 2005**

Lei nº 11.257, de 27.12.2005 - Altera o valor da pensão especial concedida a Mário Kozel e Terezinha Lana Kozel pela Lei nº 10.724, de 20 de agosto de 2003.

Lei nº 11.256, de 27.12.2005 - Denomina “Viaduto Colonizador Ênio Pipino” o viaduto situado no trevo de acesso à cidade de Sinop, Estado de Mato Grosso, na rodovia BR-163.

Lei nº 11.255, de 27.12.2005 - Define as diretrizes da Política de Prevenção e Atenção Integral à Saúde da Pessoa Portadora de Hepatite, em todas as suas formas, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências.

Lei nº 11.254, de 27.12.2005 - Estabelece as sanções administrativas e penais em caso de realização de atividades proibidas pela Convenção Internacional sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Estocagem e Uso das Armas Químicas e sobre a Destruição das Armas Químicas existentes no mundo (CPAQ).

Lei nº 11.253, de 27.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Fazenda, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e do Turismo, de Encargos Financeiros da União, de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, de Operações Oficiais de Crédito e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 826.471.725,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei nº 11.252, de 27.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Integração Nacional, crédito especial no valor de R\$ 18.648.000,00, para os fins que especifica. Mensagem de veto

Lei nº 11.251, de 27.12.2005 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Saúde, crédito suplementar no valor de R\$ 54.004.650,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.250, de 27.12.2005 - Regulamenta o inciso III do § 4º do art. 153 da Constituição Federal.

Medida Provisória nº 273, de 27.12.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério dos Transportes e de Encargos Financeiros da União, no valor global de R\$ 516.132.994,00, para os fins que especifica.

## **27 de dezembro de 2005**

Medida Provisória nº 272, de 26.12.2005 - Altera as Leis nos 10.355, de 26 de dezembro de 2001, que dispõe sobre a estruturação da Carreira Previdenciária no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS; 10.855, de 1º de abril de 2004, que dispõe sobre a reestruturação da Carreira Previdenciária, de que trata a Lei nº 10.355, de 26 de dezembro de 2001, instituindo a Carreira do Seguro Social; 10.876, de 2 de junho de 2004, que cria a Carreira de Perícia Médica da Previdência Social e dispõe sobre a remuneração da Carreira de Supervisor Médico-Pericial do Quadro de Pessoal do INSS; 10.997, de 15 de dezembro de 2004, que institui a Gratificação Específica do Seguro Social - GESS; e fixa critérios temporários para pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade Médico-Pericial - GDAMP.

Medida Provisória nº 271, de 26.12.2005 - Autoriza a União a prestar auxílio financeiro complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País.

## 23 de dezembro de 2005 - Edição extra

Lei nº 11.249, de 23.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Ciência e Tecnologia, da Educação, da Cultura e do Esporte, crédito suplementar no valor global de R\$ 422.037.761,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei nº 11.248, de 23.12.2005 - Abre ao Orçamento de Investimento para 2005, em favor de empresas do Grupo PETROBRÁS, crédito suplementar no valor total de R\$ 4.220.770.393,00 e reduz o Orçamento de Investimento de empresas do mesmo Grupo no valor global de R\$ 5.442.083.447,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.247, de 23.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor das Justiças Federal, Eleitoral e do Trabalho e do Ministério Público da União, crédito especial no valor global de R\$ 19.038.235,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.246, de 23.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios do Meio Ambiente e da Integração Nacional, crédito suplementar no valor global de R\$ 39.650.996,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.245, de 23.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Ciência e Tecnologia, de Minas e Energia, do Meio Ambiente e da Defesa, crédito suplementar no valor global de R\$ 118.610.131,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.244, de 23.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios do Meio Ambiente e da Integração Nacional, crédito suplementar no valor global de R\$ 86.055.215,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.243, de 23.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Ministério dos Transportes, crédito suplementar no valor de R\$ 39.242.218,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.242, de 23.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério dos Transportes, crédito suplementar no valor de R\$ 120.846.972,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.241, de 23.12.2005 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Previdência Social, do Trabalho e Emprego e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, crédito suplementar no valor global de R\$ 1.162.585.075,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.240, de 23.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério de Minas e Energia, crédito especial no valor global de R\$ 23.898.000,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.239, de 23.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, crédito suplementar no valor de R\$ 88.192.142,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

### 23 de dezembro de 2005

Lei nº 11.238, de 22.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Educação e do Esporte, crédito especial no valor global de R\$ 26.867.385,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.237, de 22.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e das Cidades, crédito suplementar no valor global de R\$ 118.148.707,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.236, de 22.12.2005 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, crédito especial no valor de R\$ 879.000,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.235, de 22.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Ciência e Tecnologia, da Educação e do Esporte, crédito especial no valor global de R\$ 10.478.050,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.234, de 22.12.2005 - Autoriza a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a alienar os imóveis que especifica, localizados em Brasília, Distrito Federal.

Lei nº 11.233, de 22.12.2005 - Institui o Plano Especial de Cargos da Cultura e a Gratificação Específica de Atividade Cultural - GEAC; cria cargos de provimento efetivo; altera dispositivos das Leis nºs 10.862, de 20 de abril de 2004, 11.046, de 27 de dezembro de 2004, 11.094, de 13 de janeiro de 2005, 11.095, de 13 de janeiro de 2005, e 11.091, de 12 de janeiro de 2005; revoga dispositivos da Lei nº 10.862, de 20 de abril de 2004; e dá outras providências.

Lei nº 11.232, de 22.12.2005 - Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências.

## 22 de dezembro de 2005 - Edição extra

Lei nº 11.231, de 22.12.2005 - Abre ao Orçamento de Investimento para 2005, em favor de diversas empresas estatais, crédito suplementar no valor total de R\$ 449.638.277,00 e reduz o Orçamento de Investimento de diversas empresas no valor global de R\$ 800.355.698,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.230, de 22.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor da Presidência da República e do Ministério das Relações Exteriores, crédito suplementar no valor global de R\$ 84.885.185,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.229, de 22.12.2005 - Abre ao Orçamento de Investimento para 2005, em favor de diversas empresas estatais, crédito suplementar no valor total de R\$ 214.953.182,00 e reduz o Orçamento de Investimento, de diversas empresas, no valor global de R\$ 1.295.213.312,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.228, de 22.12.2005 - Abre ao Orçamento de Investimento para 2005, em favor de empresas do Grupo PETROBRÁS, crédito especial no valor total de R\$ 1.997.067.130,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.227, de 22.12.2005 - Abre ao Orçamento de Investimento para 2005, em favor de diversas empresas estatais, crédito especial no valor total de R\$ 107.410.849,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.226, de 22.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, crédito suplementar no valor de R\$ 55.072.347,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.225, de 22.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, crédito suplementar no valor de R\$ 5.900.000,00, para reforço de dotação constante da Lei Orçamentária vigente.

## 21 de dezembro de 2005 - Edição extra

Lei nº 11.224, de 21.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Justiça e da Defesa, crédito suplementar no valor global de R\$ 422.272.976,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei nº 11.223, de 21.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Justiça e da Defesa, crédito suplementar no valor global de R\$ 13.494.639,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.222, de 21.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de diversos Órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público da União, crédito suplementar no valor global de R\$ 131.300.687,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.221, de 21.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, crédito especial no valor de R\$ 22.440.000,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.220, de 21.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério de Minas e Energia, crédito suplementar no valor de R\$ 3.507.265,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.219, de 21.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de diversos Órgãos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, crédito suplementar no valor global de R\$ 359.494.942,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.218, de 21.12.2005 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, crédito suplementar no valor de R\$ 205.000.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.217, de 21.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério dos Transportes, crédito especial no valor de R\$ 6.500.000,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.216, de 21.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Justiça do Trabalho, crédito suplementar no valor de R\$ 33.468.999,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.215, de 21.12.2005 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Previdência Social, do Trabalho e Emprego e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, crédito suplementar no valor global de R\$ 7.132.321.192,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.214, de 21.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios do Meio Ambiente e da Integração Nacional, crédito especial no valor global de R\$ 10.898.000,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.213, de 21.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério dos Transportes, crédito suplementar no valor de R\$ 16.374.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.212, de 21.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Fazenda, crédito especial no valor de R\$ 1.431.743,00, para o fim que especifica.

## **20 de dezembro de 2005**

Lei nº 11.211, de 19.12.2005 - Dispõe sobre as condições exigíveis para a identificação do couro e das matérias-primas sucedâneas, utilizados na confecção de calçados e artefatos. Mensagem de veto

## **19 de dezembro de 2005**

Lei nº 11.210, de 16.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério das Cidades, crédito suplementar no valor de R\$ 25.832.426,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.209, de 16.12.2005 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Previdência Social, da Saúde e dos Transportes, crédito suplementar no valor global de R\$ 426.851.197,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.208, de 16.12.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Previdência Social e do Trabalho e Emprego, crédito suplementar no valor global de R\$ 41.816.719,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.207, de 16.12.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Fazenda e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e de Operações Oficiais de Crédito, crédito suplementar no valor global de R\$ 46.893.589,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

## **16 de dezembro de 2005**

Lei nº 11.206, de 15.12.2005 - Abre crédito extraordinário ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Defesa e, em consequência, também ao Orçamento de Investimento, em favor da Infraero, no valor de R\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais) para os fins que especifica.

Medida Provisória nº 270, de 15.12.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Presidência da República, dos Ministérios da Fazenda e da Integração Nacional e de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor global de R\$ 825.908.968,00, para os fins que especifica.

Mensagem de Veto Total nº 858, de 15.12.2005 - Projeto de Lei nº 24, de 2003 (nº 1.830/99 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre o exercício da profissão de Turismólogo”.

Mensagem de Veto Total nº 857, de 15.12.2005 - Projeto de Lei nº 39, de 2005 (nº 2.485/2003 na Câmara dos Deputados), que “Dá nova redação ao art. 12 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, que cria o Conselho Federal de Contabilidade, define as atribuições do Contador e do Técnico em Contabilidade, e dá outras providências”.

### 15 de dezembro de 2005-Edição extra

Medida Provisória nº 269, de 15.12.2005 - Altera as Leis nºs 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras; 10.768, de 19 de novembro de 2003, que dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Agência Nacional de Águas - ANA; 10.862, de 20 de abril de 2004, que dispõe sobre a criação do Plano Especial de Cargos da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN; 10.871, de 20 de maio de 2004, que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais, denominadas Agências Reguladoras; 11.182, de 27 de setembro de 2005, que cria a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC; cria cargos na Carreira de Diplomata, no Plano de Cargos para a Área de Ciência e Tecnologia, do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Gratificadas - FG; autoriza a prorrogação de contratos temporários firmados com base no art. 81-A da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e no art. 30 da Lei nº 10.871, de 2004; e dá outras providências.

### 7 de dezembro de 2005

Lei nº 11.205, de 6.12.2005 - Denomina “Rodovia Alfeo Almeida Velozo” o trecho da rodovia BR-376 compreendido entre o entroncamento com a rodovia BR-163, próximo à cidade de Dourados, e a cidade de Fátima do Sul, ambas do Estado do Mato Grosso do Sul.

Mensagem de Veto Total nº 832, de 6.12.2005 - Projeto de Lei nº 17, de 2005 (nº 2.518/03 na Câmara dos Deputados), que “Altera o art. 328 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para incluir, como hipótese de quebra da fiança, o comparecimento do afiançado a local de que deveria manter-se afastado”

### 6 de dezembro de 2005

Lei nº 11.204, de 5.12.2005 - Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios; autoriza a prorrogação de contratos temporários firmados com fundamento no art. 23 da Lei nº 10.667, de 14 de maio de 2003; altera o art. 4º da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005; e dá outras providências.

## 5 de dezembro de 2005

Medida Provisória nº 268, de 5.12.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Educação, da Saúde e da Defesa e de Operações Oficiais de Crédito, no valor global de R\$ 1.498.314.101,00, para os fins que especifica.

## 2 de dezembro de 2005

Lei nº 11.203, de 1º.12.2005 - Institui o dia 3 de dezembro como o Dia Nacional de Combate à Pirataria e à Biopirataria.

Mensagem de Veto Total nº 823, de 1º.12.2005 - Projeto de Lei nº 44, de 2005 (nº 5.124/01 na Câmara dos Deputados), que “Denomina Hospital Dr. Carlos Alberto Studart Gomes o Hospital de Messejana, localizado em Fortaleza, Estado do Ceará”.

## 28 de novembro de 2005 - Edição extra

Medida Provisória nº 267, de 25.11.2005 - Altera dispositivos da Lei no 6.704, de 26 de outubro de 1979, que dispõe sobre o seguro de crédito à exportação, e autoriza cobranças judiciais e extrajudiciais de créditos da União, no exterior, decorrentes de sub-rogações de garantias de seguro de crédito à exportação honradas com recursos do Fundo de Garantia à Exportação - FGE e de financiamentos não pagos contratados com recursos do Programa de Financiamento às Exportações - PROEX e do extinto Fundo de Financiamento à Exportação - FINEX, e dá outras providências.

## 25 de novembro de 2005

Lei nº 11.201, de 24.11.2005 - Fixa os valores dos soldos dos militares das Forças Armadas.

Lei nº 11.200, de 24.11.2005 - Altera a denominação do Porto de Sepetiba, no Estado do Rio de Janeiro, para Porto de Itaguaí.

Lei nº 11.199, de 24.11.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Defesa e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 600.300.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei nº 11.198, de 24.11.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Defesa, crédito suplementar no valor de R\$ 1.125.577.010,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.197, de 24.11.2005 - Amplia o limite a que se refere o item III.4.2 do Anexo V da Lei no 11.100, de 25 de janeiro de 2005.

## 22 de novembro de 2005

Lei nº 11.196, de 21.11.2005 - 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; altera o Decreto-Lei no 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei no 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nos 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória no 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei no 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nos 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Mensagem de veto

## 18 de novembro de 2005 - Edição extra

Lei nº 11.195, de 18.11.2005 - Dá nova redação ao § 5º do art. 3º da Lei no 8.948, de 8 de dezembro de 1994.

## 18 de novembro de 2005

Lei nº 11.194, de 17.11.2005 - Altera o programa Gestão Pública para um Brasil de Todos, constante do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

## 17 de novembro de 2005

Lei nº 11.193, de 16.11.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Ciência e Tecnologia, da Educação e do Esporte, crédito suplementar no valor global de R\$ 255.974.234,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.192, de 16.11.2005 - Denomina “Aeroporto de Palmas/TO - Brigadeiro Lysias Rodrigues” o Aeroporto de Palmas, no Estado do Tocantins.

## **11 de novembro de 2005**

Lei nº 11.191, de 10.11.2005 - Prorroga os prazos previstos nos arts. 30 e 32 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

## **10 de novembro de 2005**

Medida Provisória nº 266, de 9.11.2005 - Abre crédito extraordinário ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios dos Transportes, da Integração Nacional e das Cidades, no valor global de R\$ 673.621.312,00, para os fins que especifica.

## **4 de novembro de 2005**

Lei nº 11.190, de 3.11.2005 - Autoriza o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – DNOCS a doar ao Município de Alvorada do Gurguéia, Estado do Piauí, o imóvel que especifica.

## **1º de novembro de 2005**

Lei nº 11.89, de 31.10.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios do Desenvolvimento Agrário e da Integração Nacional, e de Encargos Financeiros da União, no valor global de R\$ 1.214.000.000,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.188, de 31.10.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios de Minas e Energia e dos Transportes, no valor global de R\$ 425.950.734,00, para os fins que especifica.

## **28 de outubro de 2005**

Medida Provisória nº 265, de 27.10.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, no valor de R\$ 33.000.000,00, para os fins que especifica.

## **26 de outubro de 2005**

Medida Provisória 264, de 26.10.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e das Cidades, no valor global de R\$ 159.000.000,00, para os fins que especifica.

## **21 de outubro de 2005**

Medida Provisória nº 263, de 20.10.2005 - Institui abono aos militares das Forças Armadas.

## 20 de outubro de 2005

Lei nº 11.187, de 19.10.2005 - Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências.

Lei nº 11.186, de 19.10.2005 - 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 e o parcelamento de débitos tributários e para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

Lei Complementar nº 119, de 19.10.2005 - Acrescenta inciso ao art. 3º da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, que “cria o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e dá outras providências”, para incluir a manutenção das casas de abrigo.

## 19 de outubro de 2005

Medida Provisória nº 262, de 18.10.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Integração Nacional, no valor de R\$ 30.000.000,00, para o fim que especifica.

## 11 de outubro de 2005

Mensagem de Veto Total nº 674, de 10.10.2005 - Projeto de Lei nº 586, de 1999 (nº 2.677/00 na Câmara dos Deputados), que “Altera o inciso VI do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que permite a utilização do FGTS para compra de casa própria, em qualquer sistema de financiamento habitacional, e dá outras providências”.

## 10 de outubro de 2005

Lei nº 11.185, de 7.10.2005 - Altera o caput do art. 11 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Lei nº 11.184, de 7.10.2005 - Dispõe sobre a transformação do Centro Federal de Educação Tecnológica do Paraná em Universidade Tecnológica Federal do Paraná e dá outras providências.

Mensagem de Veto Total nº 664, de 7.10.2005 - Projeto de Lei nº 38, de 2004 (nº 808/03 na Câmara dos Deputados), que “Altera a Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985, para obrigar a identificação do corretor de imóveis responsável pela venda na respectiva escritura pública”.

## **6 de outubro de 2005**

Lei nº 11.183, de 5.10.2005 - Dá nova redação ao inciso II do caput do art. 20 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

## **30 de setembro de 2005 - Edição extra**

Medida Provisória nº 261, de 30.9.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Previdência Social e da Saúde e de Encargos Financeiros da União, no valor global de R\$ 2.133.400.000,00, para os fins que especifica.

## **28 de setembro de 2005**

Lei nº 11.182, de 27.9.2005 - Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Mensagem de veto

## **27 de setembro de 2005**

Lei nº 11.181, de 26.9.2005 - Autoriza o Poder Executivo a doar 6 (seis) aeronaves T-25 à Força Aérea Boliviana e 6 (seis) à Força Aérea Paraguaia.

## **26 de setembro de 2005**

Lei nº 11.180, de 23.9.2005 - 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, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

## **23 de setembro de 2005**

Lei nº 11.179, de 22.9.2005 - Altera os arts. 53 e 67 da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

## **21 de setembro de 2005 - Edição extra**

Lei nº 11.178, de 20.9.2005 - Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2006 e dá outras providências. Mensagem de veto

## **20 de setembro de 2005**

Lei nº 11.177, de 19.9.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, crédito especial no valor de R\$ 19.342.918,00, para os fins que especifica.

## 8 de setembro de 2005

Lei nº 11.176, de 6.9.2005 - Institui o dia 13 de dezembro como o “Dia Nacional do Forró”.

Lei nº 11.175, de 6.9.2005 - Denomina “Rodovia Deputado Wilson Mattos Branco” a rodovia BR-392, desde o município de Pelotas até o de Rio Grande, no Estado do Rio Grande do Sul.

Lei nº 11.174, de 6.9.2005 - Autoriza a transferência das cotas representativas da participação da União no capital da empresa Serviços Aéreos Especializados Médico-Hospitalar Conceição Ltda.

Lei nº 11.173, de 6.9.2005 - Transforma as Faculdades Federais Integradas de Diamantina em Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri - UFVJM e dá outras providências.

Lei nº 11.172, de 6.9.2005 - Institui o Dia Nacional de Combate à Pobreza.

## 5 de setembro de 2005

Lei nº 11.171, de 2.9.2005 - Dispõe sobre a criação de carreiras e do Plano Especial de Cargos do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT e dá outras providências.

Lei nº 11.170, de 2.9.2005 - Altera a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal do Senado Federal.

Lei nº 11.169, de 2.9.2005 - Altera a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal da Câmara dos Deputados.

## 2 de setembro de 2005

Lei nº 11.168, de 1º.9.2005 - Altera o programa Gestão Pública para um Brasil de Todos, constante do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

## 1º de setembro de 2005

Lei nº 11.167, de 31.8.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério das Relações Exteriores, crédito suplementar no valor de R\$ 254.200.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.166, de 31.8.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Educação e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no

valor global de R\$ 250.000.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

### **25 de agosto de 2005**

Medida Provisória nº 260, de 24.8.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Defesa, no valor de R\$ 350.000.000,00, para os fins que especifica.

### **19 de agosto de 2005**

Lei nº 11.165, de 18.8.2005 - 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.

Lei nº 11.164, de 18.8.2005 - Dispõe sobre o valor do salário mínimo a partir de 1º de maio de 2005, e dá outras providências.

### **12 de agosto de 2005**

Lei nº 11.163, de 11.8.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Integração Nacional, no valor de R\$ 30.000.000,00, para o fim que especifica.

### **11 de agosto de 2005**

Emenda Constitucional nº 48, de 10.8.2005 - Acrescenta o § 3º ao art. 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura.

### **8 de agosto de 2005**

Lei nº 11.162, de 5.8.2005 - Institui o Dia Nacional da Assistência Social.

Lei nº 11.161, de 5.8.2005 - Dispõe sobre o ensino da língua espanhola.

### **3 de agosto de 2005**

Lei nº 1.160, de 2.8.2005 - Altera o caput do art. 1º do Decreto-Lei no 1.040, de 21 de outubro de 1969, que dispõe sobre os Conselhos Federal e Regionais de Contabilidade, regula a eleição de seus membros, e dá outras providências.

Lei nº 11.159, de 2.8.2005 - Denomina Milton Santos o Atlas Nacional do Brasil, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

**1º de agosto de 2005**

Lei nº 11.158, de 29.7.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Câmara dos Deputados e das Justiças Federal, Eleitoral e do Trabalho, crédito especial no valor global de R\$ 7.525.215,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.157, de 29.7.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor da Câmara dos Deputados, do Tribunal de Contas da União, do Superior Tribunal de Justiça, das Justiças Federal, Eleitoral e do Trabalho e do Ministério Público da União, crédito suplementar no valor global de R\$ 40.618.368,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.156, de 29.7.2005 - Dispõe sobre a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Especialista Ambiental – GDAEM e da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa do Meio Ambiente – GDAMB e dá outras providências.

Lei nº 11.155, de 29.7.2005 - Dispõe sobre a transformação da Escola Superior de Agricultura de Mossoró – ESAM em Universidade Federal Rural do Semi-Árido – UFERSA-RN e dá outras providências.

Lei nº 11.154, de 29.7.2005 - Dispõe sobre a transformação da Escola de Farmácia e Odontologia de Alfenas – Centro Universitário Federal – EFOA/CEUFE em Universidade Federal de Alfenas – UNIFAL-MG e dá outras providências.

Lei nº 11.153, de 29.7.2005 - Dispõe sobre a instituição da Fundação Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD, por desmembramento da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, e dá outras providências.

Lei nº 11.152, de 29.7.2005 - Transforma a Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro - FMTM em Universidade Federal do Triângulo Mineiro - UFTM e dá outras providências.

Lei nº 11.151, de 29.7.2005 - Dispõe sobre a criação da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia – UFRB, por desmembramento da Universidade Federal da Bahia – UFBA, e dá outras providências.

**27 de julho de 2005**

Lei nº 11.150, de 26.7.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Defesa, crédito suplementar no valor de R\$ 104.462.571,00, para reforço de dotação constante da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.149, de 26.7.2005 - Abre ao Orçamento de Investimento para 2005, em favor de diversas empresas estatais, crédito especial no valor total de R\$ 38.010.000,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.148, de 26.7.2005 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Saúde, crédito especial no valor de R\$ 13.270.124,00, para os fins que especifica.

Lei nº 11.147, de 26.7.2005 - Altera o item III.4.2. do Anexo V da Lei no 11.100, de 25 de janeiro de 2005.

Lei nº 11.146, de 26.7.2005 - Autoriza o Poder Executivo a efetuar contribuições ao Grupo dos 24 (G-24).

Lei nº 11.145, de 26.7.2005 - Institui a Fundação Universidade Federal do ABC – UFABC e dá outras providências.

Lei nº 11.144, de 26.7.2005 - Dispõe sobre o subsídio do Procurador-Geral da República de que tratam os arts. 39, § 4º, 127, § 2º, e 128, § 5º, inciso I, alínea c, da Constituição Federal.

Lei nº 11.143, de 26.7.2005 - Dispõe sobre o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, referido no art. 48, inciso XV, da Constituição Federal, e dá nova redação ao caput do art. 2º da Lei no 8.350, de 28 de dezembro de 1991.

## **26 de julho de 2005**

Lei nº 11.142, de 25.7.2005 - Institui o Dia Nacional da Imigração Japonesa.

Lei nº 11.141, de 25.7.2005 - Denomina “Rodovia Presidente Juscelino Kubitschek” o trecho da rodovia BR-020 compreendido entre as cidades de Formosa (GO) e Fortaleza (CE).

## **25 de julho de 2005**

Lei nº 11.140, de 22.7.2005 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, crédito suplementar no valor global de R\$ 184.161.245,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.139, de 22.7.2005 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Ministério Público da União, crédito suplementar no valor de R\$ 177.200.000,00, para reforço de dotação constante da Lei Orçamentária vigente.

Lei nº 11.138, de 22.7.2005 - Altera o item III.3 do Anexo V da Lei nº 11.100, de 25 de janeiro de 2005.

Lei nº 11.137, de 22.7.2005 - Altera o item III.2.b do Anexo V da Lei nº 11.100, de 25 de janeiro de 2005.

## 22 de julho de 2005

Lei nº 11.136, de 21.7.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Defesa, no valor de R\$ 20.327.000,00, para os fins que especifica.

Medida Provisória nº 259, de 21.7.2005 - Altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, autoriza a prorrogação de contratos temporários firmados com fundamento no art. 23 da Lei no 10.667, de 14 de maio de 2003, altera o art. 4º da Lei no 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 258, de 21.7.2005 - Dispõe sobre a Administração Tributária Federal e dá outras providências.

Medida Provisória nº 257, de 21.7.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios do Desenvolvimento Agrário e da Integração Nacional, e de Encargos Financeiros da União, no valor global de R\$ 1.214.000.000,00, para os fins que especifica.

Medida Provisória nº 256, de 21.7.2005 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios de Minas e Energia e dos Transportes, no valor global de R\$ 425.950.734,00, para os fins que especifica.

## 20 de julho de 2005

Lei nº 11.135, de 19.7.2005 - Inscreve o nome de José Bonifácio de Andrada e Silva no Livro dos Heróis da Pátria.

## 18 de julho de 2005

Lei nº 11.134, de 15.7.2005 - Institui a Vantagem Pecuniária Especial – VPE, devida aos militares da Polícia Militar do Distrito Federal e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal; altera a distribuição de Quadros, Postos e Graduações dessas Corporações; dispõe sobre a remuneração das Carreiras de Delegado de Polícia do Distrito Federal e de Polícia Civil do Distrito Federal; altera as Leis nos 7.289, de 18 de dezembro de 1984, 7.479, de 2 de junho de 1986, 10.486, de 4 de julho de 2002, 8.255, de 20 de novembro de 1991, e 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, e dá outras providências.

## 15 de julho de 2005

Lei nº 11.133, de 14.7.2005 - Institui o Dia Nacional de Luta da Pessoa Portadora de Deficiência.

## **6 de julho de 2005**

Emenda Constitucional nº 47, de 5.7.2005 - Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências.

## **5 de julho de 2005**

Lei nº 11.132, de 4.6.2005 - 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.

## **4 de julho de 2005**

Lei nº 11.131, de 1º.6.2005 - Autoriza a União a prestar auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País; altera a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

Lei nº 11.130, de 1º.6.2005 - 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.

Medida Provisória nº 255, de 1º.7.2005 - Prorroga o prazo para opção pelo regime de Imposto de Renda Retido na Fonte de Pessoa Física dos participantes de planos de benefícios e dá outras providências.

## **1º de julho de 2005**

Lei nº 11.129, de 30.6.2005 - Institui o Programa Nacional de Inclusão de Jovens – ProJovem; cria o Conselho Nacional da Juventude – CNJ e a Secretaria Nacional de Juventude; altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, e 10.429, de 24 de abril de 2002; e dá outras providências.

# INSTRUÇÕES PARA PUBLICAÇÃO

- 1) Os trabalhos poderão ser enviados por meio eletrônico para os e-mails faygabede@hotmail.com; nestorsantiago@bol.com.br; ou ivocesar@hotmail.com. Caso o autor deseje, poderá ser enviado aos cuidados da Coordenação de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito da Faculdade Christus, com endereço na avenida Dom Luís, n. 911, 5º andar, CEP 60.160-230, Fortaleza-CE. Juntamente com o artigo, o autor deverá enviar autorização para publicação.
- 2) Os trabalhos deverão ter um mínimo de 10 (dez) e no máximo de 30 (trinta) páginas. O formato do papel deve ser o A4, com a seguinte configuração das margens: esquerda e superior, 3 cm; direita e inferior, 2 cm. Os parágrafos devem ser justificados, recuo da primeira linha em 2 cm da margem esquerda, espaçamento um e meio (1,5 linha) entre linhas, exceto nas notas de fim. A fonte a ser utilizada é a Arial, tamanho 12, exceto nas notas de fim (Arial, 10).
- 3) A estrutura do artigo deve obedecer às normas da ABNT e deve conter os seguintes elementos:
  - 3.1) Elementos pré-textuais (nesta ordem):
    - 3.1.1) Título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos;
    - 3.1.2) Nome do autor, acompanhado de breve currículo que o qualifique na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica e endereço eletrônico e/ou físico (facultativo);
    - 3.1.3) Sumário, com a indicação dos itens e subitens em que se divide o trabalho
    - 3.1.4) Resumo na língua do texto: seqüência de frases concisas e objetivas e não uma simples enumeração de tópicos, de 100 a 250 palavras, espaçamento entre linhas simples. Seguem-se as palavras-chave, representativas do conteúdo do trabalho, separadas por ponto e finalizadas por ponto, no máximo de 6 (seis), para adequação ao Currículo Lattes do autor.

Ex:

## **RESUMO**

Cabimento de Responsabilidade Civil do Estado por ato legislativo. Independência dos Poderes. Hipótese de afastamento da aplicação da teoria do Risco Administrativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade. Estado. Ato Legislativo.

### 3.2) Elementos textuais:

- 3.2.1) Introdução: delimitação do assunto tratado e objetivos da pesquisa.
- 3.2.2) Desenvolvimento: explanação ordenada e pormenorizada do assunto tratado.
- 3.2.3) Conclusão: conclusões correspondentes aos objetivos e hipóteses.

### 3.3) Elementos pós-textuais (nesta ordem):

- 3.3.1) Em língua estrangeira: título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos.
- 3.3.2) Em língua estrangeira: versão do resumo na língua do texto, seguido das palavras-chaves, em inglês e francês (ABSTRACT e KEYWORDS, no inglês; RÉSUMÉ e MOTS-CLÉS, no francês.)
- 3.3.3) Notas explicativas em Arial 12.
- 3.3.4) Referências das obras consultadas no trabalho em Arial 12.

### 3.4) Caso o autor não tenha conhecimentos suficientes em inglês e francês, o Conselho Editorial da Revista Opinião Jurídica encarregar-se-á de providenciar a tradução.

## 4) As citações deverão ser feitas da seguinte forma (NBR 10520):

### 4.1) No texto:

- 4.1.1) Citações de até três linhas, devem estar contidas entre aspas duplas.
- 4.1.2) Citações de mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda com letra menor que a do texto (Arial 10) e sem aspas.

Para enfatizar trechos da citação, deve-se destacá-los indicando esta alteração com a expressão “grifo nosso” entre parênteses após a chamada da citação ou “grifo do autor”, caso o destaque já faça parte da obra consultada.

### 4.2) Referências e notas com indicação da fonte de pesquisa

#### 4.2.1) Livros:

SOBRENOME (vírgula) Prenomes (ponto) título em destaque (ponto) edição (número + ponto + ed + ponto) local (dois pontos) editora (vírgula) data de publicação (ponto).

#### 4.2.2) Artigos de revista:

NOME (vírgula) Prenomes (ponto) título (ponto) título da publicação em destaque (vírgula) local da publicação (vírgula)

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