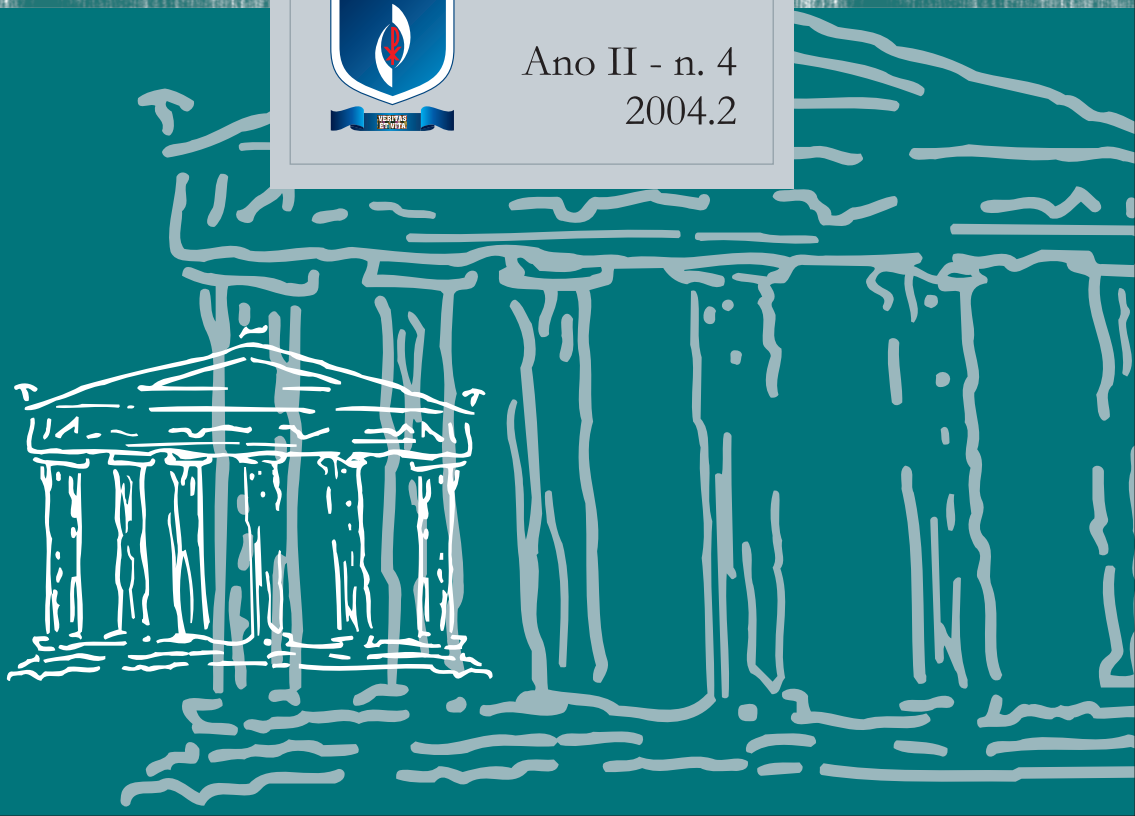


ISSN 1806-0420

REVISTA
OPINIÃO
JURÍDICA



Ano II - n. 4
2004.2



FACULDADE CHRISTUS

REVISTA
OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2004

Opinião Jurídica
Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus
n.04, ano 02, 2004.2

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)

Bibliotecária
Tusnelda Maria Barbosa

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
1000 exemplares

Revista Opinião Jurídica



Ficha Catalográfica

Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus
- n. 04, ano 02, 2004.2

© Faculdade Christus, 2004

Opinião Jurídica
- [n. 4] –
Fortaleza: – Faculdade Christus.
[2004]-
v.
I. Direito

CDD : 340

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

APRESENTAÇÃO

Prezado leitor:

O Curso de Direito da Faculdade Christus tem a grata satisfação de publicar mais um exemplar da sua Revista *Opinião Jurídica*. E o faz trazendo mais novidades, tanto nos pontos enfrentados pelos articulistas, quanto na atualidade dos textos, resultado da periodicidade certa da publicação, em tempo ideal para acompanhar as modificações por que passa o Direito.

Este número traz uma parte especial, dedicada à doutrina estrangeira, com textos dos professores Eric Millard e Friedrich Müller, o que demonstra o caráter internacional da edição, com relevante contribuição de doutrinadores de outros países. No âmbito nacional, a qualidade dos artigos continua notável, inclusive com os primeiros comentários à Emenda Constitucional nº 45/2004, referente à Reforma do Judiciário, e a participação de professores de outras Instituições de Ensino, tais como USP, UFSC, UFMG, entre outras. Não há enfoque de apenas um ramo específico do Direito; preferiu-se permear o Direito Tributário, o Direito Processual, o Direito Internacional, o Direito Processual Penal, etc. A diversidade dos assuntos enriquece a publicação e a torna mais acessível aos vários aplicadores do Direito.

Fruto de um minucioso trabalho de equipe, desempenhado com muita seriedade pela Coordenadora de Pesquisa do Curso de Direito e por professores da casa, a revista avança rapidamente e ganha cada vez mais adeptos no país todo, o que é de suma importância para a troca de idéias, o enriquecimento dos debates democráticos e a divulgação da Ciência Jurídica. É exatamente este o nosso compromisso.

Boa leitura e até breve.

FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA

Coordenador-Geral do Curso de Direito

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO

PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL

O interrogatório como meio de defesa (Lei n. 10.792/03)	9
<i>Ada Pellegrini Grinover</i>	
Justiça, Ética e Cidadania: apontamentos para a democratização do Judiciário	22
<i>Agostinho Ramalho Marques Neto</i>	
A nova redação do art. 544, § 1º, CPC: autenticação de peças e responsabilidade do advogado	37
<i>Cristiano Reis Juliani</i>	
De que Constituição se fala quando se fala de Constituição?	43
<i>Fayga Silveira Bedê</i>	
Manicômios e o princípio da dignidade da pessoa humana: estudos preliminares à luz do Direito e da Bioética	57
<i>Flávio José Moreira Gonçalves</i>	
A nova competência material da Justiça do Trabalho: considerações iniciais sobre a Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004	69
<i>Francisco Gérson Marques de Lima</i>	
Carl Schmitt, o Estado Total e o guardião da Constituição	96
<i>Gilberto Bercovici</i>	
Cobrança de IPTU sobre túmulos e similares	106
<i>Gladston Mamede</i>	
Ética e Política na “República” de Platão	120
<i>Hamilton Teixeira dos Santos Júnior</i>	
A supremacia constitucional como garantia do contribuinte	131
<i>Hugo de Brito Machado</i>	
Contribuições sociais “gerais” e a integridade do Sistema Tributário Brasileiro	154
<i>Hugo de Brito Machado Segundo</i>	
Mediação e Casas de Mediação em Fortaleza	169
<i>Isabel Freitas de Carvalho</i>	
O Direito e as Relações Internacionais no pensamento de Immanuel Kant	179
<i>Jeanine Nicolazzi Philippi</i>	

Súmulas vinculante e impeditiva de recurso	193
<i>José Barcelos de Souza</i>	
Tutelas de urgência: estudo sobre cautelar e antecipação de tutela	198
<i>Juraci Mourão Lopes Filho</i>	
Breves considerações sobre a prova no processo penal dos crimes tributários	221
<i>Nestor Eduardo Araruna Santiago</i>	
A invocação do interesse público em matéria tributária	231
<i>Raquel Cavalcanti Ramos Machado</i>	
Poderes de investigação do Ministério Público no combate à corrupção	245
<i>Rosaura Moreira Brito Bastos</i>	
Democracia em Aristóteles	252
<i>Sidney Guerra Reginaldo</i>	
Notas acerca da nacionalidade	266
<i>Valeschka e Silva Braga</i>	

SEGUNDA PARTE – DOUTRINA ESTRANGEIRA

Observações sobre o significado jurídico da responsabilidade política	281
<i>Eric Millard – versão em português</i>	
Observations sur le significatif juridique de la responsabilité politique	299
<i>Eric Millard – versão em francês</i>	
Sobre Constituições 1974	316
<i>Friedrich Muller – versão em português</i>	
Über Verfassungen 1974	323
<i>Friedrich Muller – versão em alemão</i>	

TERCEIRA PARTE – LEGISLAÇÃO

Emenda Constitucional n. 45	330
Ementário de Legislação Federal	344

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.

O INTERROGATÓRIO COMO MEIO DE DEFESA (LEI N. 10.792/03)

*Ada Pellegrini Grinover**

1 O interrogatório como meio de defesa. 2 Direito ao silêncio. 3 A indução ao exercício da autodefesa. 4 A presença do defensor. 5 As reperguntas das partes. 6 O interrogatório da pessoa jurídica. 7 A consequência da inobservância das normas sobre interrogatório: a nulidade absoluta. 8 Conclusão.

RESUMO

Estudo breve sobre a modificação operada no Código de Processo Penal em virtude da Lei n. 10.792/03, que trata do interrogatório do réu, direito ao silêncio, autodefesa, defesa técnica e interrogatório da pessoa jurídica.

PALAVRAS-CHAVE

Interrogatório. Direito ao silêncio. Autodefesa. Defesa técnica. Pessoa jurídica.

1 O INTERROGATÓRIO COMO MEIO DE DEFESA

O primeiro e mais importante aporte da Lei n.10.792/03¹, no que diz respeito ao interrogatório, é o de conceituá-lo como meio de defesa. É à luz deste enfoque que se explicam todas as inovações trazidas aos artigos 185 a 196 do CPP.

Antes mesmo do advento da Constituição de 1988, que consagrou o direito ao silêncio, tive oportunidade de escrever a respeito do interrogatório, considerando o pleno exercício do direito de calar como decorrência do fato de não existirem ônus para a defesa no processo penal, em que a única presunção é a de inocência, daí decorrendo a impossibilidade de atribuir sanções, mesmo que indiretas, ao silêncio do acusado. Já sustentava, então, a ineficácia dos arts. 186 e 191 do CPP². À época, o Brasil ainda não havia sequer incorporado ao direito interno a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo texto fora aprovado em São José da Costa Rica em 22.11.1969³ e cujo art.8º, 2, “g” garante o direito de o acusado não depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado.

Como é sabido, a Constituição de 1988, no inc. LXIII do art. 5º, veio consignar expressamente o direito ao silêncio, assegurando “ao preso” o direito de permanecer calado, bem como a assistência da família e do advogado.

* Ada Pellegrini Grinover é professora titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP, onde rege os cursos de pós-graduação. Doutora honoris causa pela Universidade de Milão. Procuradora do Estado aposentada e presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo e diretora da Escola Superior de Advocacia.

Logo se viu que a garantia, estipulada aparentemente apenas em benefício da pessoa privada da liberdade, se estendia a todos os acusados, tendo o legislador constituinte sido motivado a realçar a condição do preso tão só em função de sua maior vulnerabilidade.⁴

Do direito ao silêncio, consagrado em nível constitucional, decorre logicamente a concepção do interrogatório como meio de defesa. Se o acusado pode calar-se, se não mais é possível forçá-lo a falar, nem mesmo por intermédio de pressões indiretas, é evidente que o interrogatório não pode mais ser considerado “meio de prova”, não é mais pré-ordenado à colheita de prova, não visa *ad veritatem quaerendam*. Serve, sim, como meio de auto-defesa.

É certo que do interrogatório, voluntariamente prestado – *rectius*, das informações espontâneas do acusado, assegurada sua liberdade de consciência -, podem surgir elementos que constituam “fonte de prova”. Assim, a correta conceituação do interrogatório – em face da doutrina, primeiro; em face da Constituição, depois, e, mais tarde, pela incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento brasileiro – é a de que constitui ele *meio de defesa, que – se e conforme o acusado falar – pode eventualmente servir como fonte de prova*.

Sobre essa concepção do interrogatório, antes da promulgação da Lei n. 10.792/03, e sobre a ineficácia dos arts. 181 e 196 do CPP, em face da Constituição superveniente, escrevemos detidamente⁵.

Agora, com a redação dada aos artigos 185 a 196 do CPP pela nova lei, a legislação infraconstitucional processual penal adequa-se ao sistema constitucional e passa a configurar o interrogatório como verdadeiro direito de defesa.

Esta é a inovação principal trazida ao Código de Processo Penal pela Lei n.10.792/03. E é à luz desta nova configuração que se justificam e se explicam as mudanças introduzidas nos dispositivos atinentes ao interrogatório.

2 DIREITO AO SILÊNCIO

Como visto, a concepção do interrogatório como meio de defesa está intimamente ligado à plena garantia do direito ao silêncio.

Reporto-me ao que já escrevemos: “o direito ao silêncio é o selo que garante o interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado”.⁶

A matéria vem tratada no novo art. 186 do CPP:

Art. 186: Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, *do seu direito de permanecer calado*

e de não responder perguntas que lhe forem formuladas (Grifo nosso).
 Parágrafo único. *O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.* (Grifo nosso).

Esta norma aplica-se também, inquestionavelmente, ao interrogatório prestado durante as investigações, não só em face da própria remissão do art. 6º, V, do CPP, mas sobretudo porque o direito ao silêncio é garantido amplamente pela Constituição, com particular ênfase ao preso.

Cabe, ainda, esclarecer qual a parte do interrogatório coberto pelo direito ao silêncio. A pergunta tem sentido, na medida em que o novo art. 187 do CPP divide o interrogatório em duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

Pensamos – e já escrevemos neste sentido – que o interrogatório que constitui manifestação de autodefesa, acobertado por isto pelo direito ao silêncio, é em princípio o interrogatório sobre os fatos (§ 2º do art. 187). Nenhum exercício de defesa parece conter-se na simples qualificação do acusado.⁷

Ocorre, porém, que o interrogatório sobre a pessoa do acusado, previsto no par. 1º do art. 187 do CPP, inclui a solicitação de informações sobre residência, meio de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce atividades, vida pregressa, se foi preso ou processado (com a indicação do juízo do processo, a informação a respeito da condenação, imposição e cumprimento da pena ou suspensão condicional da pena) e outros dados familiares e sociais.

Essas informações podem ser auto-incriminantes ou, ao menos, configurar lesão à dignidade do acusado. Elas também só podem ser prestadas espontaneamente. Se houver recusa a falar, também aqui estará o acusado exercendo seu legítimo direito ao silêncio.

Observe-se que esta não é apenas a interpretação teleológica do dispositivo, mas também a sistemática, uma vez que o direito ao silêncio vem garantido genericamente no art. 186, anterior ao art. 187.

Finalmente, é preciso apontar um cochilo do legislador: esqueceu-se ele de revogar o art. 198 do CPP, que tem a seguinte redação: “o silêncio do acusado não importará confissão, mas *poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz*” (Grifo nosso).

Ora, esse dispositivo é incompatível com o disposto pelo parágrafo único do art. 186, em sua nova redação (“o silêncio, que não importará em confissão, *não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*”), uma vez que, se o silêncio não pode ser interpretado – evidentemente, pelo juiz – em prejuízo da defesa, não poderá ser levado em conta para a formação do convencimento do mesmo juiz. Ademais, a lei não pode conter palavras inúteis, e a primeira parte do art. 198 é repetição da primeira parte do novo art. 187.

Houve, portanto, revogação tácita do art. 198 CPC, por força do par. 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, *quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*” (Grifo nosso).

O art. 198 é incompatível com o novo art. 186, e este regula inteiramente esse ponto da matéria. Está, portanto, tacitamente revogado.

3 A INDUÇÃO AO EXERCÍCIO DA AUTODEFESA

Outra regra importante da nova lei, que configura mais uma vez consequência da configuração do interrogatório como meio de defesa, é a que vem expressa no inc. VIII do § 2º do art. 187 do CPP, que determina ao juiz, após formular as perguntas sobre os fatos, perguntar sobre “*se tem algo mais a alegar em sua defesa*” (Grifo nosso).

O que é importante ressaltar, a respeito deste dispositivo, é que, ainda que o acusado tenha exercido o direito ao silêncio, não respondendo a alguma ou mesmo a todas as perguntas anteriores, esta última deve ser necessariamente formulada pelo juiz, porquanto não é só pelo silêncio, mas também pelas informações defensivas expressas, que o interrogatório se consagra como meio de defesa.

Esta posição é mais importante ainda, tendo em vista o que diz o art. 189 do CPP: “se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas”.

Esta última regra, que é resíduo não muito feliz do antigo art. 188, parágrafo único, está mal posta, devendo ser interpretada, sistematicamente, em conjunto com o dispositivo acima transcrito. Mesmo que o acusado não negar expressamente a acusação, em todo ou em parte – por ter exercido o direito ao silêncio – poderá ele aduzir elementos defensivos (art. 187, § 2º, inc. VII) e terá o direito de, prestados os esclarecimentos, indicar as provas.

Vale, ainda, lembrar, para a perfeita configuração do pleno exercício de autodefesa do acusado, que o novo art. 196 do CPP prevê que “*a todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes*”.

4 A PRESENÇA DO DEFENSOR

Como visto, a Constituição já assegurava, ao preso (*rectius*, ao acusado), juntamente com o direito ao silêncio, a assistência da família e do *advogado* (art.5º, inc. LVIII).

Estava prevista, assim, a possibilidade de assistência de advogado, seja no momento da prisão, seja – pela extensão já examinada – no do interrogatório⁸.

Mas a lei vai além, *exigindo* a presença do defensor no interrogatório. Com efeito, estabelece o novo art. 185 do CPP: “o acusado que comparecer

perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será *qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado*” (Grifo nosso).

Mas é evidente que não basta a presença do defensor ao longo do interrogatório. Há que se assegurar, antes de sua realização, o prévio contato do defensor com o acusado.

Na verdade, uma interpretação errônea do § 2º do art. 185 poderia levar a pensar que a entrevista prévia fosse reservada apenas aos casos em que o interrogatório for realizado no estabelecimento prisional. Mas não é isto que decorre da interpretação sistemática do dispositivo.

Lembre-se, antes de tudo, o disposto no § 1º do art. 185:

Art. 185. ...

§ 1º. O interrogatório do acusado preso será feito *no estabelecimento prisional* em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam *garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato*. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal (Grifo nosso).

Observo de passagem, a respeito deste dispositivo, que a lei *não consagra o interrogatório à distância*, por meios eletrônicos ou equivalentes. São o juiz e seus auxiliares que terão que se deslocar para o estabelecimento prisional, evitando, assim, os riscos e os custos do transporte do preso.

Por sua vez, o § 2º do art. 185 determina: “antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o *direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor*” (Grifo nosso).

Esta regra deve ser entendida como aplicável a todo e qualquer interrogatório, por ser parágrafo do art. 185, que trata do interrogatório em geral. Não se prende, sistematicamente, ao disposto no parágrafo 1º, que trata do interrogatório do preso no estabelecimento prisional.

E se assim já se deve concluir em face da sistematização do art. 185 e de seus parágrafos, vale lembrar também que o contato prévio do defensor com o acusado vem expressamente assegurado pelo art. 8º, 2, “d”, do Pacto de São José da Costa Rica – cujas regras, como visto, integram o ordenamento brasileiro – que dispõe:

2 – Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes *garantias mínimas*:

[...]

d) direito do acusado defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de *comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor* (Grifo nosso).

Aliás, se o interrogatório é, como é, meio de defesa; e se a assistência do defensor é, como é, obrigatória no interrogatório, é evidente que a entrevista prévia do acusado com o defensor é essencial para que *autodefesa e defesa técnica* se integrem, por intermédio do contato reservado dos dois protagonistas da defesa penal, indispensável ao adequado exercício da defesa, em sua dúplice configuração.

Cumpra, agora, examinar a questão de saber se a presença do defensor no interrogatório, com a entrevista prévia e reservada com o acusado, também se aplica ao interrogatório policial.

A resposta só pode ser positiva, pois a lei ampliou a garantia constitucional do inc. LXIII do art. 5º da Constituição, em que a presença do defensor era tratada como mera faculdade. Militam a favor desse entendimento não só o art. 6º, V, do CPP, como também o enfoque do processo administrativo do inquérito policial à luz do disposto no art. 5º, inc. LV da Constituição. Já escrevi, em diversas oportunidades, que a norma constitucional, garantindo o contraditório e a ampla defesa não só aos acusados em geral, mas *também no processo administrativo em que haja litigantes (entendidos como titulares de conflitos de interesses)*, se aplica ao inquérito policial, após o indiciamento do acusado.⁹

Todavia, existe o risco de que a presença do defensor, no interrogatório policial, se transforme em mera formalidade, constante do termo, sim, mas sem ser efetiva e concreta. E não se trata de mera hipótese, pois foi o que ocorreu quando da presença obrigatória do curador, em relação aos menores, a qual havia se tornado mera consignação no termo, sem o efetivo exercício do ofício.

A autoridade policial deverá, por isso mesmo, zelar pela presença efetiva do defensor, público ou dativo, antes do interrogatório e durante seu desenvolvimento. Até porque outra norma de garantia está inserida na nova lei, com o parágrafo único do art. 261 do CPP (*“a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida por manifestação fundamentada”*), exigindo a efetividade da defesa pelo defensor. E o juiz, antes de tomar as informações do indiciado como fonte de prova, para a determinação de medidas cautelares, como a prisão, deverá averiguar por todos os meios possíveis se efetivamente o defensor público ou dativo teve contato com ele antes do interrogatório e esteve presente durante seu desenvolvimento.

5 AS REPERGUNTAS DAS PARTES

Mais uma inovação da Lei n. 10.792/03: o novo art. 188 do CPP prescreve:

Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz *indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante* (Grifo nosso).

Correta a disposição: sobretudo em relação à defesa, é indispensável que sobre todos os fatos o acusado possa desenvolver plenamente sua auto-defesa. E, em face do princípio da igualdade processual, era necessário garantir a mesma faculdade à acusação. Mas tudo será filtrado pelo juiz. Diversamente do que se preconiza para as testemunhas, em que o projeto de lei sobre a instrução prevê a *cross examination*, com perguntas diretas das partes – sob o controle do juiz -, para o interrogatório quis-se evitar qualquer possibilidade de pressão, devendo as perguntas suplementares ser formuladas exclusivamente pelo juiz, a quem se atribui a aferição da pertinência e relevância das questões levantadas.

Por outro lado, a ausência do defensor, no interrogatório, invalida-o; mas se o MP não quiser ou não puder participar do ato – o que pode ocorrer no inquérito policial - a falta de reperguntas não o invalidarão, pois o interrogatório é meio de defesa e a presença exigida pela lei para sua validade é a do advogado de defesa.

6 O INTERROGATÓRIO DA PESSOA JURÍDICA

Tudo que acima se disse, aplica-se ao interrogatório da pessoa jurídica acusada de crime ambiental.

Como já tive oportunidade de escrever ¹⁰,

A lei ambiental n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que prevê no art. 3º a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não contém qualquer norma processual ou procedimental sobre a matéria. Mas a falta de tratamento específico não acarreta prejuízos à aplicação do dispositivo, que será *integrado*, simplesmente, pelas regras existentes no ordenamento sobre temas como a representação em juízo, a competência, o processo e o procedimento, os atos de comunicação processual, o interrogatório, etc. Sem falar nas garantias processuais.

Considerado como ordenamento jurídico, o direito não apresenta lacunas: sempre haverá no sistema, ainda que latente e inexpressa, uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito.

À atividade através da qual se preenchem as lacunas verificadas na lei, através da pesquisa e formulação da regra jurídica pertinente à situação concreta não prevista pelo legislador, dá-se o nome de **integração**. E o preenchimento das lacunas faz-se através da analogia e dos princípios gerais de direito.

A analogia consiste em resolver casos não previstos em lei, mediante a utilização de regra jurídica relativa a hipótese semelhante. O método analógico fundamenta-se da idéia de que, num ordenamento jurídico, a coerência leva à formulação de regras idênticas onde se identifica a identidade da razão jurídica: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.

Quando a analogia não permite a solução do problema, deve-se recorrer aos princípios gerais do direito, que compreendem não apenas os princípios decorrentes do próprio ordenamento jurídico, como ainda aqueles que o informam e lhe são anteriores e transcendentais. Na utilização dos princípios gerais do direito é de ser percorrido o caminho de crescente grau para a abstração, partindo dos princípios gerais atinentes ao ramo do direito em foco. No desempenho de sua função interpretativa, o intérprete freqüentemente desliza de maneira quase imperceptível para a atividade própria da integração. Interpretação e integração comunicam-se funcionalmente e se completam mutuamente para os fins da revelação do direito.

Assim, acrescentava que é da operação da integração que o intérprete deve se servir para buscar no ordenamento as regras jurídicas aplicáveis aos processos e procedimentos atinentes à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ora, observado esse enfoque, é evidente que, antes de tudo, as garantias constitucionais do processo se aplicam inquestionavelmente ao intentado em face da pessoa jurídica, como normas supra-legais de incidência geral.

Embora historicamente relacionadas à proteção do indivíduo submetido à persecução penal, seu valor não pode ser menosprezado quando se admite hoje a responsabilização penal da pessoa jurídica, pois se a simples instauração do processo penal sempre representou um dos maiores dramas para a pessoa humana, não são menores as repercussões que uma acusação criminal dirigida a uma empresa pode acarretar ao normal desenvolvimento de suas atividades e, sobretudo, ao seu conceito e de seus dirigentes e funcionários no seio da comunidade.

Ademais, é preciso salientar que tais garantias não representam apenas direitos públicos subjetivos das partes, numa ótica individualista, mas constituem, antes disso, garantias de um *justo processo*, segundo uma visão publicista que dá relevância ao interesse geral na justiça da decisão.¹¹

Daí não ser possível distinguir, nesse importante terreno, o processo penal que chamaríamos *tradicional*, voltado à imposição de sanções punitivas ao indivíduo, de um novo tipo de processo, que objetiva agora a responsabilização das pessoas jurídicas. Assim, presunção de inocência, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, direito ao recurso, direito ao silêncio etc. são garantias que se aplicam a qualquer situação em que se apure a ocorrência de um fato que possa resultar na aplicação de uma pena de natureza criminal.

E tal conclusão impõe-se não só de uma perspectiva histórica e sistemática, mas decorre, antes, da própria literalidade do texto fundamental, pois ao assegurar a ampla defesa, *aos litigantes*, no processo jurisdicional, e *aos acusados em geral* (art. 5º, inc. LV, CF), o legislador constituinte propositadamente

estendeu as garantias a todos os processos em que haja uma *acusação*, cujo eventual acolhimento seja capaz de levar à aplicação de uma punição.

Diante dessas considerações, é evidente que todas as normas introduzidas pela Lei n. 10.792/03 em relação ao interrogatório devem ser aplicadas em relação à pessoa jurídica acusada, não só em face do método integrativo de interpretação, mas também e sobretudo porque são regras de garantia.

É à luz dessas considerações que deve surgir a resposta à inquietante indagação – talvez a que mais dúvidas suscite no exame dos aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica: *quem será interrogado no processo penal contra pessoa jurídica?*

Inicialmente, cheguei a sustentar¹² que se aplicaria ao interrogatório penal, analogicamente, o disposto no art. 843 da CLT:

Art. 843. Na audiência de julgamento, deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes.

Parágrafo único. É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o preponente.

Mas, posteriormente – e antes mesmo da promulgação da Lei n. 10.792/03 -, melhor refletindo, havia chegado à conclusão de que a resposta poderia variar, conforme se visse o interrogatório penal, prevalentemente, como fonte de prova ou meio de defesa. Escrevi, então, o seguinte¹³:

De um lado, considerado o interrogatório como fonte de prova, poderia se afirmar que só pode ser interrogado sobre os fatos aquele que os conhece. Embora o juiz penal não deva buscar a chamada “verdade material” a qualquer custo, é dever do magistrado formar seu convencimento na base de fatos dos quais possa decorrer, senão a certeza, pelo menos algo que tenha um grau de probabilidade que fique o mais próximo possível dela. A função jurisdicional, que tem como finalidade social a de pacificar com justiça, só pode ser corretamente exercida quando o juiz aplicar a norma a fatos que se situem próximos da verdade processual. Aliás, tudo isso se aplica tanto à justiça penal como à civil.¹⁴

Nesse enfoque, é certo que em muitos casos não teria sentido interrogar sobre fatos o representante judicial da pessoa jurídica, freqüentemente distante de seu domínio. Sob o ângulo dos esclarecimentos que o réu pode oferecer ao juiz, o sujeito do interrogatório teria que ser quem possa estar tão próximo dos fatos quanto convém.

Por essas razões, segundo uma linha de pensamento, aplicar-se-iam ao interrogatório da pessoa jurídica, analogicamente, as regras da CLT sobre a figura do preposto.

No entanto, havia acrescentado:

Mas não se pode olvidar que o interrogatório é, essencial e prioritariamente, meio de defesa. A pergunta correta, para o deslinde da questão, deve ser a seguinte: quem é o titular do direito de defesa? Ou, de outra forma, quem tem interesse em se defender?

A resposta não é difícil: certamente não será o preposto, que não é o titular do direito de defesa e, por isto mesmo, não tem qualquer interesse em se defender. Aliás, nem precisa se defender. Titular do direito de defesa, portador do interesse em defender a pessoa jurídica, é o gestor. E, quanto aos fatos sobre os quais eventualmente ele não tenha domínio, é suficiente observar que à pessoa jurídica acusada fica aberta a possibilidade de contradizer provando, pela via da prova testemunhal.

À vista dessas considerações (e revendo posição anterior), estou hoje convencida de que não se pode aplicar à espécie o art. 843 e parágrafo único da CLT. A *ratio* do depoimento pessoal do reclamado é inteiramente diversa da *ratio* do interrogatório penal. E são diversas não só pela essência, como até pela letra da lei. É evidente que não se pode transportar ao campo penal a previsão do parágrafo único do art. 843 da CLT, no sentido de que a declaração do preposto obriga o preponente. Ninguém, no processo penal, pode confessar pelo imputado.

Realcei, ainda:

Cumpra notar, finalmente, que a primeira jurisprudência sobre o assunto se manifestou – embora com um voto divergente – pela inaplicabilidade do mencionado dispositivo da CLT ao interrogatório da pessoa jurídica.¹⁵

Agora, com o advento da Lei n.10.792/03, que claramente configura o interrogatório como meio de defesa, reafirmo minha posição no sentido de que é o gestor da pessoa jurídica quem deve ser submetido a interrogatório, com todas as garantias previstas nos novos artigos do Código de Processo Penal.

7 A CONSEQÜÊNCIA DA INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS SOBRE INTERROGATÓRIO: A NULIDADE ABSOLUTA

Já vimos que a nova disciplina do interrogatório se prende diretamente à Constituição e ao direito de defesa nela delineado, junto com o direito ao silêncio. Trata-se, portanto, de normas de garantia, estabelecidas em nome do interesse público e não exclusivamente em benefício das partes. Sua vulneração dá margem à nulidade absoluta.¹⁶ O prejuízo não precisa ser comprovado, pois é evidente.¹⁷

Vícios como a ausência de informação sobre o direito de o acusado permanecer calado, qualquer pressão exercida para que fale, a ausência do contato prévio e da efetiva presença do defensor no desenvolvimento do interrogatório invalidam-no totalmente.

Resulta daí que os vícios do interrogatório implicam sua nulidade absoluta, a qual, no entanto, pode assumir duas dimensões: a) a mais grave, consubstanciada na nulidade de todo o processo se, no caso, o ato viciado redundou em sacrifício da autodefesa e, conseqüentemente, da defesa como um todo; b) excepcionalmente, na dimensão mais moderada, com a invalidade do interrogatório e sua necessária repetição, mas sem que os atos sucessivos fiquem contaminados, quando se verificar que o conteúdo das eventuais declarações não prejudicou a defesa como um todo e os atos sucessivos.

Mesmo neste último caso, porém, o vício transmite-se às *provas derivadas* (ou seja, às provas desfavoráveis ao acusado, indicadas por este no interrogatório irregular), também invalidando-as: exatamente como ocorre com o interrogatório prestado sob coação ou sevícias.¹⁸

Antes mesmo da promulgação da nova lei, o STJ manifestara-se exatamente no mesmo sentido.¹⁹

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.²⁰ 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.

8 CONCLUSÃO

Finalizando, pode-se afirmar, sem temor de erro, que a nova disciplina do interrogatório vem corrigir o engano clamoroso do Código de Processo Penal de 1940, que o configurava como meio de prova e previa sanções indiretas para o exercício do direito ao silêncio. No Código de Processo Penal de 1940. Com isto, o direito positivo brasileiro começa a se alinhar entre os mais avançados do mundo, em termos de garantias. Outros passos deverão ser dados e a aprovação dos demais projetos de lei que se encontram no Congresso Nacional pode configurar a trajetória rumo a um processo penal que, sem descurar a efetividade e sem dar margem à impunidade, venha representar um instrumento que, antes de tudo, há de ser moldado sobre a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *Ciência Penal*, ano 3, vol. 1, p. 15-31, jan./mar. 1976.

_____. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. Do direito de defesa em inquérito administrativo. In: *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.

_____. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 124-127.

_____, FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

¹ Oportuno lembrar que a lei se originou de um dos 8 projetos de reforma parcial do CPP encaminhados pelo Executivo ao Congresso Nacional e que tomaram os números de 4.203 a 4210 de 2001. Foram convertidos em lei os projetos sobre prisão especial (Lei n. 10.258/01) e interrogatório (lei 10.792/03, ora em comento). Os demais projetos continuam em andamento no Parlamento.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *Ciência Penal*, Ano 3, vol. 1, p. 15-31, jan./mar. 1976.

³ A aprovação da Convenção, pelo Brasil, deu-se aos 26/05/92, pelo Decreto Legislativo n. 27, levando à ratificação do tratado pela Carta de Adesão de 25/09/92 e à incorporação ao direito interno pelo Decreto 678, de 06/11/92, que determinou seu integral cumprimento.

⁴ V. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 82.

⁵ *Id. Ibidem*, p.79-85.

⁶ *Id. Ibidem*, p.81.

⁷ Foi o que afirmamos em “*As nulidades do processo penal*”, *cit.*, p. 82.

⁸ Cf. *Loc. Cit.*.

⁹ Ver, p. ex., GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. In: *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 81-85.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 124-127.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 1-2.

¹² *Loc. cit.*, p.126-7.

¹³ Texto no prelo, a ser publicado nas atas do seminário sobre “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica”, realizado em 2003 pela Associação por um Planeta Verde.

¹⁴ Ver, de minha autoria: A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.

¹⁵ TRF 4a Região. MS 2002.04.013843-0-PR. Rel. José Luiz Germano da Silva. Relator para o Acórdão Fábio Bittencourt da Rosa. Dez./2002.

¹⁶ Ver GRINOVER; SCARANCE; e GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 24-5.

¹⁷ *Id. Ibidem*, p.29-30.

¹⁸ *Loc. cit.*, p 83-84.

¹⁹ RTJ 168/977.

²⁰ Espera-se que o STF reveja a posição contrária, manifestada no julgamento do HC 1.452-1-GO, DJU 21.09.92, p. 15. 699.

ABSTRACT

Brief study on the changes made at the Brazilian Criminal Process Code by the Law Number 10.792/03, which refers to subjects as the interrogation of the defendant, the right to remain silent, the self-defense, the right to legal counsel and the interrogations involving corporations.

KEYWORDS

Interrogation. Right to remain silent. Self-defense. Right to legal counsel. Corporations.

JUSTIÇA, ÉTICA E CIDADANIA: APONTAMENTOS PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO *

Agostinho Ramalho Marques Neto**

RESUMO

O autor, numa abordagem filosófica e psicanalítica, faz breve análise do conceito de cidadania e seu reflexo na atividade judiciária.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça. Ética. Cidadania. Poder Judiciário.

Ética e cidadania. Esses termos têm história, uma história multissecular, uma história multimilenar. Não é possível tratar de termos assim, carregados de uma história às vezes cheia de vicissitudes, sem situá-los no contexto dessa própria história e do tempo presente.

O *politikós* grego é uma espécie de embrião daquilo que a modernidade constituiria como sendo o cidadão, num movimento de ruptura, no qual, entretanto, uma certa continuidade também se presentifica. Ao longo da exposição, retomarei essa questão para tentar situar o cidadão na sua concepção moderna, fazendo um pequeno contraste com a figura do *politikós*, digamos, do cidadão na sua perspectiva clássica. A mesma coisa no que tange à ética, que também é um termo, uma disciplina e um campo multimilenar, cuja história tampouco é isenta de vicissitudes. Ética e cidadania – cidadania sustentada na ética –, eis uma das questões mais cruciais e mais importantes da contemporaneidade, deste alvorecer de século e de milênio. Como articular essa relação com o juiz, com o magistrado, com esse lugar, com essa função de imensa necessidade, de imensa dignidade e, por isso mesmo, de grande responsabilidade em qualquer sociedade minimamente democrática?

É preciso situar, inicialmente, as perspectivas dentro das quais farei a exposição. Vou me deslocar, sobretudo, em um eixo filosófico, em um enfoque a partir da filosofia política e da filosofia jurídica, tomando essa articulação *ética/cidadania* como objeto central. Poderei fazer incidir também, como que diagonalmente, algumas articulações a partir do campo da Psicanálise, com

* Transcrição, revista e ligeiramente modificada pelo autor, de conferência proferida oralmente por ocasião do Encontro Norte-Nordeste de Juizes Federais, promovido pela Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. São Luís, 6 de junho de 2001.

** Professor universitário, nas áreas de Filosofia do Direito e Filosofia Política. Psicanalista. Vice-Diretor Geral da Faculdade São Luís.

o intuito de, pelo menos, olharmos de um outro lugar determinados aspectos daquilo de que tratarei.

Se o eixo predominante é um eixo filosófico, já fica claro que a exposição irá dirigir-se, sobretudo, ao *conceito* de cidadania, o qual é indissociável de uma *prática* da cidadania. Meu enfoque sobre a cidadania pressupõe, entre outras coisas, que esta se sustenta a partir de uma ética, não havendo outra sustentação que a substitua, mas podendo haver outras que a complementem ou suplementem. Esse conceito não será estudado em uma perspectiva apenas abstrata; será também referido à cidadania enquanto experiência; um conceito de cidadão dialeticamente articulado à experiência histórica da cidadania enquanto exercício, porque cidadania é uma coisa que se exercita ou não se tem, plenamente.

Dentro desse enfoque, convido a todos para que pensemos juntos. A exposição pretende ser, antes de tudo, um convite a uma reflexão conjunta, para que pensemos ou repensemos esses conceitos e, sobretudo, suas articulações.

Cidadania. Eis um significante que ultimamente tem tido a sua dignidade resgatada. Hoje, é absolutamente essencial discutir, pensar a questão do cidadão, pensar o esvaziamento de cidadania em que o modelo neoliberal necessariamente implica. Mas isso, até um certo tempo atrás, não era bem assim. Lembro-me de que, em movimentos políticos das décadas de 60, 70 e mesmo da década de 80 ou de grande parte dela, se falava mais de mudança social, especialmente de uma mudança social revolucionária, isto é, de uma melhor estratégia para a tomada do poder do Estado pela classe trabalhadora, que a partir desse lugar transformaria a sociedade. E, não raro, atribuíam-se à cidadania uma conotação um tanto quanto depreciativa, que a identificava com a democracia liberal burguesa, como sendo algo da pequena burguesia e encobridor da dominação de classes. Isso não deixava de fazer eco àquelas críticas que Marx dirigira aos direitos individuais liberais em sua *Questão Judaica*. Parece-me que o grande equívoco da visada de Marx sobre esses direitos e o contexto político-histórico de sua enunciação decorre, sobretudo, da visão de que os direitos individuais – os chamados direitos de primeira geração – seriam incompatíveis com os direitos coletivos – os direitos de segunda geração –, quando, na verdade, a relação entre essas gerações de direitos, embora comporte oposições, não se constitui exclusivamente destas. Aqui também se pode falar de complementaridade e de suplementaridade. Os direitos coletivos limitam os direitos individuais para afirmá-los, e não para negá-los. A afirmação de um direito só se faz possível dentro de algo que o limite. Titularidade de direito e limitação do direito são aspectos que coexistem como duas faces da mesma moeda.

A revalorização da categoria cidadania, atualmente, a coloca em uma posição nuclear, tanto no que se refere à concepção de uma sociedade democrática, em que o poder político seja limitado pelo Direito e pela ética, como também no que concerne à estratégia de luta pela realização histórica

dessa sociedade. Então, a cidadania é um conceito-pivô para que se pense uma sociedade democrática, um Estado Democrático de Direito, e para que se pense toda uma estratégia de luta no sentido de realizar historicamente essa sociedade. Nesse contexto, a categoria “cidadania” é fundamental para que se pensem alternativas ao modelo neoliberal. Se esse modelo, de algum modo, esvazia a cidadania, a recolocação da cidadania no centro da discussão é absolutamente essencial para que se pensem alternativas a tal modelo, que se apresenta como algo que não comporta alternativas.

Cidadania! Há uma espécie de senso comum em relação a esse termo, não digo apenas um senso comum “comum”, contra o qual ou como ruptura ao qual se constitui, por exemplo, uma teoria científica. Digo mesmo – tomando esta expressão emprestada do Prof. Luis Alberto Warat – um senso comum teórico, aquilo que, no interior da própria teoria política, no interior da própria filosofia, do próprio pensamento político, se admite pacificamente e, por isso mesmo, já não se discute. Então, há um senso comum teórico que vai cristalizando-se ao longo do tempo em torno daqueles conceitos que, por estarem de tal maneira arraigados, raramente alguém se lembra de revisitarlos criticamente e que, às vezes, quando alguém o faz, promove uma ruptura, que é o que movimenta a história de uma ciência.

Que elementos podemos apresentar para que se pense o conceito de cidadania em uma platéia como esta, constituída predominantemente de magistrados, de pessoas que vivem no seu cotidiano questões ligadas aos impasses da cidadania e que são pessoas que têm toda uma cultura teórica e filosófica acerca da questão?

Colocaria, em um primeiro momento, que a cidadania implica sempre uma idéia de *inclusão*. Isso já nos abre, implicitamente, a perspectiva de interioridade e exterioridade. A cidadania implica sempre a inclusão em uma sociedade política entre pares; implica sempre um lugar-dentro, mas o lugar-dentro só pode ser concebido se se supõe um lugar-fora, por oposição ao qual esse lugar-dentro se constitui. Que lugar-fora é esse a partir de onde se pode pensar o dentro da cidadania? Aristóteles, por exemplo, na sua *Política*, quando coloca a questão do estatuto do cidadão (*politikós*), imediatamente substitui a indagação sobre “quem é cidadão” por seu contrário: “quem não é cidadão”. Então, fala dos escravos, dos estrangeiros, das mulheres etc. Ou seja, quem são aqueles cuja situação fora é condição de existência desse dentro da cidadania? Dizendo em outra perspectiva: que espécie de exclusão custa a nossa inclusão como cidadãos e até que ponto esse custo é necessário?

O mesmo Aristóteles diz na *Política* que, formalmente considerado, cidadão é aquele que *participa* da gestão da *pólis*. Podemos dizer que esse conceito formal está em vigor hoje, dois milênios e meio depois. Essa participação, modernamente, pode ser direta ou indireta mediante representação, mas, de toda maneira, o “de dentro” não está simplesmente incluído; está incluído como partícipe, como agente, como sujeito político, isto é, como

cidadão. Aristóteles menciona esse conceito ativo que acabei de citar, e, em *O contrato social*, Rousseau, ao se referir à cidadania, também nos diz que não se é passivamente cidadão. Ativamente considerado, tem-se o cidadão, copartícipe da vontade geral, copartícipe do poder de estabelecer as leis. Passivamente considerado, tem-se o súdito, aquele que está sujeito, submetido, pode-se pensar: *sub-dito* a essas leis das quais ele, de algum modo, é também autor.

O que caracteriza o exercício da cidadania é algo ativo; isso implica que a cidadania tem a reivindicação como um de seus elementos necessários. O elemento de reivindicação é um elemento constitutivo do conceito e da prática da cidadania. É o *rei-vindicar*, o pedir a coisa, conforme a etimologia da palavra, e exige-la. Cidadania implica o exercício, implica uma ocupação do espaço público. O espaço público tem de ser ocupado pela atividade dos cidadãos, senão ele nem mesmo se constitui enquanto espaço público. Não há nenhum espaço público prévio e vazio, à espera da ação dos cidadãos para preenchê-lo. A ação dos cidadãos é que o gera e o amplia, assim como a omissão atrofia esse espaço.

Ora, o mero fato de haver reivindicação pressupõe uma dimensão de falta. Afinal de contas, essa reivindicação é sempre por direitos, por uma ampliação de direitos, que faz parte da lógica interna de um processo democrático. Onde está todo mundo satisfeito, ninguém reivindica. Isso nos ajuda a pensar o porquê de a democracia ser algo sempre em processo, sempre incompleto; o porquê de uma suposta completude da democracia, mesmo logicamente, implicar no seu aniquilamento. Se, enfim, a democracia está completa, temos uma democracia total, a rigor um totalitarismo. Algo como um resto a desejar é, portanto, um elemento constitutivo da cidadania e da democracia. É uma espécie de mola que está por trás e que torna possível a ação do cidadão enquanto uma ação de constituição, ocupação e exercício do espaço público e também como uma ação de reivindicação por ampliação de direitos e por sua eficácia social. Mas não é só a falta; a satisfação também faz parte de um sistema democrático.

Lacan, grande psicanalista francês, diz que onde nada falta o que falta é a falta. Ali, onde nada falta, falta o desejo de reivindicar, pois, na verdade, a falta é a pré-condição do desejo, só se deseja onde algo falta, o desejo é filho da falta; onde nada falta, falta o desejo, porque falta a falta. Então, nessa dialética entre a falta e a satisfação, constitui-se a possibilidade de um ambiente democrático – prefiro esta expressão e já explico o fato de considerar a democracia muito mais um ambiente político do que um regime, embora ela também possua esta dimensão.

Certa vez, em um encontro de juízes do trabalho realizado em Garanhuns, afirmei que não pode haver cidadania sem desejo de cidadania. Isso remete a uma questão que Tocqueville já colocava, na primeira metade do século XIX, após a sua viagem à América que tanto o impressionou. Uma

observação que ele faz é a de que aquele bem-estar, já significativo na época, poderia, por outro lado, ser prejudicial ao exercício da cidadania. Na medida em que a população tem crescentemente suas necessidades atendidas, ela tende a se omitir do exercício da cidadania e a ficar em uma posição de receptora dos benefícios. Essa é uma das razões pelas quais entendo ser sempre necessário algum elemento de falta, sendo que a satisfação plena gera o totalitarismo, essa espécie de morte da política. Parece-me muito rica de possibilidades essa articulação entre a democracia e o desejo, que implica a dialética da falta e da satisfação.

Onde há só falta, o que se tem é a absoluta miséria, a absoluta carência. Onde há plena satisfação, o que se tem é a apatia, o não-desejo de mais. Logo, o resto a desejar, esse elemento de falta, que é uma condição do desejo, é uma condição da democracia. Nessa perspectiva, sujeito político e sujeito do desejo são indissociáveis. Não é à toa que se vê nas sociedades totalitárias, assim como nas utopias – que, em geral, são totalitárias –, a oclusão do desejo. Quanto mais totalitária uma sociedade, mais ela tende a se tornar uniforme, e a insígnia do desejo é a diferença. O totalitarismo nega, antes de tudo, a diferença. Assim acontece tanto nas chamadas contra-utopias, como, por exemplo, *1984*, de George Orwell, e *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley, como nas utopias, digamos, mais róseas, como *A cidade do sol*, de Campanella, a *Nova Atlântida*, de Bacon, e a *Utopia*, de Thomas Morus. Se lermos com atenção esses textos, veremos que ali se configuram, na verdade, sociedades totalitárias. Quem, por exemplo, conhece uma rua de *Utopia*, conhece todas as ruas; quem conhece uma casa de *Utopia*, conhece todas as casas; quem conhece uma pessoa de *Utopia*, conhece todas as pessoas... A democracia é justamente a ruptura dessa homogeneidade e a presentificação da diferença.

O que torna possível o surgimento da cidadania moderna, do cidadão no sentido moderno, contratualista, é, antes de tudo, o rompimento profundo com o direito obtido pelo nascimento. O estado de direito é algo que se opõe ao estado de nascimento. Da submissão ao monarca, passa-se à submissão a leis gerais e impessoais. Esse trânsito do estado de nascimento para o estado de direito, esse trânsito da submissão ao monarca à submissão a leis gerais e impessoais, às quais todos estão sujeitos, inclusive o monarca, é fundante da concepção de cidadania moderna. E isso tem uma razão teórica, que se inscreve na própria filosofia que presidiu a constituição do conceito de cidadão moderno.

A modernidade quer justificar racionalmente a questão que talvez seja a mais crucial do pensamento e da experiência política: *por que obedecer?* De alguma maneira, todo o pensamento político moderno é uma tentativa, muitas vezes brilhante, de responder a essa pergunta. Creio que a mais genial das respostas foi dada antes da própria fundação da filosofia política moderna ou, aproximadamente, ao tempo em que ela se fundava, localizan-

do-se em Maquiavel, como geralmente se admite, o marco dessa fundação. E quem atinou efetivamente com o alcance dessa questão foi esse notável Étienne la Boétie, no seu *Discurso da servidão voluntária*, onde ele, de alguma maneira, diz que o que põe os homens voluntariamente em obediência é o fascínio por um nome... Para ele, a tendência dos povos vai muito menos no sentido da liberdade do que no da alienação: a um príncipe, a um deus, a uma seita, a uma idéia, enfim.

A filosofia política moderna vai tentar justificar a questão do por-que-obedecer. Mas, justificar a partir de quê? Não pode ser mais a partir da tradição, ou da teologia: “obedeço porque ele é o rei e eu sou seu súdito, devo obediência a ele, exclusivamente, por esse vínculo”; “obedeço porque ele é o rei e está montado em uma longa tradição de ancestrais que o legitimam enquanto rei atual”; “obedeço porque ele é o rei e como tal é uma espécie de Deus na terra”... Essas razões já não servem. Essas razões, que satisfizeram o pensamento político medieval e mesmo o alvorecer do pensamento moderno, no que tange aos defensores da monarquia absoluta, já não são mais suficientes. O moderno quer obedecer; afinal, sua sujeição é voluntária, mas ele quer saber as razões da obediência. E, note-se bem, só é possível que essas razões se legitimem se elas se ancorarem em uma premissa, qual seja: a obediência precisa ser vantajosa para quem obedece. Essa é a premissa. À questão crucial “por que obedecer”, o moderno responde: porque nisto tiro alguma vantagem.

Na passagem de um hipotético estado de natureza para o estado civil, político, de sociedade, há uma transformação, como diz Rousseau, de uma liberdade natural numa liberdade civil, continuando o sujeito “tão livre quanto antes”. Porque, afinal de contas, sujeitar-se a uma ordem é – ou pode ser – um ato de liberdade. Kant vê nessa possibilidade de sujeição à lei moral a prova da efetividade da liberdade. Sujeitar-se livremente a uma ordem pode não ser tão essencial no campo do Direito, que é heterônomo, mas é absolutamente essencial no campo da ética, que é autônomo, isto é, pressupõe a adesão do sujeito à lei. Não há ética onde não há implicação subjetiva, onde o sujeito não está implicado.

Mas por que obedecer? Que vantagem para o sujeito pode daí advir? A vantagem básica, para o pensamento moderno, é a segurança. Há uma ficção, há um mito fundante, em tudo isso, que é a ficção do contrato. Supõe-se um estado pré-social, um estado de natureza, que, para Hobbes, é necessariamente um estado de anomia e de guerra de todos contra todos. Ali, há uma liberdade natural: sou livre para fazer tudo aquilo que minhas forças e minha capacidade de calcular possibilitem que eu faça. Só tenho limitações nas próprias limitações do meu corpo, da minha astúcia e do meu poder de cálculo, ou seja, de raciocínio. Essa liberdade que cada indivíduo é suposto ter no estado de natureza é precisamente aquilo que Hobbes designa como direito de natureza.

Hipoteticamente, em troca da porção de liberdade a que cada um renuncia, no “trânsito” do estado de natureza para o estado civil, o soberano garante segurança para todos. Não apenas segurança para a coletividade contra os perigos da natureza, mas, principalmente, segurança para cada um em relação a cada um dos outros, porque, como diz Hobbes, “contrato é a renúncia recíproca de direitos”. Portanto, contrato é algo intrinsecamente jurídico, de modo que o contratualismo não deixa de ser uma concepção jurídica da política, uma concepção jurídica das origens da política. E esses direitos a que todos renunciam fazem parte, basicamente, de um direito original, do direito de cada um ser, em última instância, juiz do que lhe convém e, conseqüentemente, também dos meios para obtê-lo. Isso é que é sujeitar-se a uma ordem, isso é que é constituir-se enquanto um sujeito político, enquanto um sujeito que é cidadão; justamente pela renúncia a direitos, mas não a todos eles. Pois aqueles direitos a que não se pode renunciar, que acabam sendo os direitos básicos do pensamento liberal – o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à propriedade –, constituem o embrião do cidadão.

Digamos assim: o cidadão é aquilo que resta do indivíduo do hipotético estado de natureza, depois que este se despoja, no também hipotético ato do contrato, de parte de sua liberdade, isto é, de seus direitos, mas não de todos. Os direitos irrenunciáveis constituem o núcleo mínimo do cidadão, e, por serem irrenunciáveis, o soberano não pode violá-los, já que o próprio ato de geração desse soberano o instituiu, precisamente, como guardião desse contrato. Conseqüentemente, o soberano está limitado, numa democracia, pelo próprio pacto social. O que limita o soberano não é a lei, porque é ele que cria a lei, e, dessa forma, pode modificá-la ou revogá-la. O que limita o soberano não é uma questão puramente ética, porque ética, como se vê em Kant e como antes dele já se vê em Hobbes, é uma coisa que só obriga dentro, *in foro interno*. O que limita o soberano, na perspectiva contratualista, é uma necessidade lógica. É claro que a necessidade lógica convive com as outras: a ética, a jurídica, a política. Mas, em última instância, o que limita o soberano e o que o distingue de um puro e simples déspota é uma questão lógica. Como foi dito, o soberano pode revogar a lei, já que ele é soberano, mas, enquanto não a revoga, também ele deve observá-la. Talvez esse seja o limite mínimo a partir do qual é possível pensar algo como um Estado Democrático de Direito. Porque a soberania é absoluta, senão não seria soberania. A soberania é supremacia e nisso é absoluta, mas absoluto não é o mesmo que ilimitado. A soberania moderna é absoluta no sentido de que o soberano é visto como supremo internamente e como autônomo externamente, mas não é ilimitada, na medida em que o próprio contrato fundante da sociedade política e instituinte do soberano o limita enquanto guardião do pacto¹ social. É uma invenção genial, porque é uma coisa que, de alguma forma, nos obriga racional e logicamente a concordar com ela.

A cidadania moderna tem uma sustentação lógica, ética, política e jurídica, ela é um amálgama desse tecido de sustentações. Ora, se é assim, o

cidadão moderno tem que se fundar, tem que constituir-se, e a lógica dessa fundação tem de ser resgatada. É diferente do *politikós* grego, que é, digamos assim, dado. O *politikós* grego não tem de se recriar enquanto *politikós*, já que ele o é *por natureza*. O cidadão moderno tem de se fundar enquanto cidadão, ou seja, enquanto súdito, mas, ao mesmo tempo, participe do poder, justificando de uma maneira que lhe seja vantajosa essa sujeição. A vantagem é, sobretudo, a segurança, como vimos. A cidadania moderna se forja através da concepção de que o indivíduo do estado de natureza abriu mão de parte de seus direitos, mantendo um resto mínimo, em troca da instituição de um poder supremo que monopolizasse a coerção, sendo capaz de manter todos em respeito e de obrigar cada um que fez um contrato com outro a cumprir a sua parte. O juiz já está logicamente implicado aí enquanto função, porque seu principal atributo é precisamente esse de julgar. Mesmo que tudo fique nas mãos de um só, que a soberania seja encarnada, por exemplo, num monarca, a função do juiz está lá, presente, ainda que não haja separação dessa função. Uma coisa é a existência da função, outra coisa é a especialização da função e sua institucionalização.

Nessa perspectiva – e notem que essa sujeição é compatível com a liberdade civil e até mesmo seu pressuposto –, o sujeito político, ou seja, o cidadão, é um homem livre, não é um escravo. Ele está submetido a uma ordem, mas a uma ordem que, ao mesmo tempo que o submete, também o constitui enquanto cidadão. Então, essa submissão é, paradoxalmente, um ato de liberdade. Assim, a democracia – no sentido moderno do termo, não no sentido grego – é uma espécie de condição de possibilidade de realização histórica da cidadania, o ambiente político mais propício ao exercício da cidadania. Democracia, sob esse aspecto, como diz Marilena Chaui, é “criação e garantia de direitos” – e, já até acrescentei certa vez, ampliação de direitos. Há uma íntima relação, portanto, entre a própria concepção e a própria experiência da cidadania e o campo do Direito. Já encontrei tanto em Bobbio quanto em Hannah Arendt a afirmação de que cidadania é o direito ao Direito, o direito a ter direitos, o que implicaria que a cidadania constituiria um direito básico, prévio, pré-condição do acesso ao mundo jurídico como sujeito de direitos.

Os direitos fundamentais, em suas diversas gerações – limito-me a registrar três, embora muitos falem de uma quarta, e alguns até de uma quinta geração –, são esteios da cidadania e condições da democracia. A primeira geração compreende, sobretudo, aqueles direitos individuais de liberdade, diante dos quais a função do Estado é, principalmente, a de abster-se de perturbar o seu exercício, como, por exemplo, o direito à livre manifestação do pensamento. Os direitos de segunda geração são os direitos sociais coletivos de igualdade, em relação aos quais a função do Estado não é mais a de abster-se, mas sim a de agir para criar as condições de igualdade necessárias à efetivação desses direitos. E os direitos de terceira geração são os direitos mais difusos, direitos que nem poderiam ser elencados poucas décadas atrás, mas que hoje são direitos fundamentais e cujo protagonista não é nem propriamente o indi-

víduo nem o Estado. O protagonista principal é a própria sociedade, sendo os direitos humanos, em todas as suas gerações, concebidos como conquistas históricas irreversíveis. São irreversíveis não porque não possam ser espezninhados numa ditadura qualquer, não podemos ter essa garantia, mas no sentido de que eles são conquistas históricas da sociedade e, ao mesmo tempo, conquistas do próprio avanço da teoria, porque, se admitirmos todas as premissas que estamos colocando aqui, não poderemos admitir, por exemplo, legitimamente, a volta da tortura como meio de se obter confissão de um acusado. Tal admisão seria absolutamente incompatível com todo um processo histórico e também com toda uma lógica que sustenta esse processo e com toda uma ética que se articula a essa lógica e a esse processo histórico.

É isso que Fábio Konder Comparato chama de consciência ética coletiva, e que ele conceitua assim: “a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens e valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal ou em documentos normativos internacionais”. Isso que ele diz é um desdobramento do próprio princípio básico que sustenta a nossa ordem jurídica. Toda a nossa ordem jurídica é sustentada na sua base por um princípio ético. Não é um princípio jurídico que sustenta a ordem jurídica, é um princípio ético articulado a um princípio lógico, que tem a ver com a norma fundamental kelseniana, mas não se limita a ela. Esse princípio ético é enunciado na nossa Constituição Federal como o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Um princípio que nos manda considerar o outro como outro, que nos manda, sendo cidadãos, reconhecer o outro como também cidadão. Kant diz que o princípio da dignidade da pessoa humana consiste basicamente na consideração do homem como fim em si próprio, e que, embora possa até eventualmente ser meio para outros fins, nunca deixará de ser ele próprio um fim. Esse é um princípio ético e o alicerce de toda a nossa ordem jurídica. A declaração dos direitos humanos se faz de uma maneira incondicional. Esses direitos são direitos incondicionais. A eles se acede pela simples condição de ser humano, independentemente de condição econômica, raça, credo, classe social etc.

Isso tudo mostra que há uma relação essencial entre os registros da ética e da cidadania. Entre os gregos, a política subsume a ética. A ética, para Aristóteles, é a ciência da felicidade, que pressupõe uma *areté*, isto é, uma virtude que implica o sujeito, digamos, no seu *pathos*. Já a política é a ciência de como organizar a gestão da sociedade para atingir essa felicidade. Felicidade, no entanto, não é um nome grego, é um nome latino; o termo grego é *eudaimonia*, que significa, na verdade, bons demônios. Felicidade é isso: bons demônios; o que requer temperança. O sujeito que vai com muita sede ao pote dá com os burros n'água, não desfruta daquilo de que um outro que tem um maior requinte pode desfrutar. Então, as paixões são temperadas justamente para poder ser melhor fruídas.

A política, ciência de como conduzir a sociedade com vista ao bem-viver, de alguma maneira, subsume a ética enquanto ciência da felicidade.

Entendo que há uma necessidade imperiosa, hoje, de invertermos essa relação. Não devemos, portanto, sustentar a ética na política, mas, ao contrário, sustentar a política na ética. Nessa relação essencial entre ética e cidadania, nós sustentamos que a cidadania se funda não só politicamente, mas, sobretudo, eticamente. E o índice dessa ética me parece que vai comparecer, principalmente, no reconhecimento da diferença, no reconhecimento do outro enquanto diferença. Isso é o que se chama a ética de alteridade. A ética que supõe o reconhecimento do outro como sujeito ético, político, jurídico. Daí que surge uma estreita relação entre democracia e diferença. Dizia há pouco que concebo a democracia muito mais no sentido de um ambiente; uma família pode constituir um ambiente democrático ou não, e, como não há nenhum ambiente democrático puro, fica claro que aquele ambiente apresenta traços de autoritarismo. Toda democracia tem traços de autoritarismo, daí tiramos que ela é processo, e não coisa acabada. O totalitarismo é que é nivelador. O totalitarismo é que é negador da diferença. Democracia é o espaço, o ambiente de coexistência das diferenças, de reconhecimento do outro como outro, não de reconhecimento do outro como uma projeção especular de mim mesmo, mas de reconhecimento do outro na sua concretude, pois a concretude do outro é a sua diferença. O fato de ele ser indelevelmente outro, ou seja, diferente, implica em uma dimensão ética essencial fundante da política, na qual um governante que se põe nessa perspectiva ocupa o lugar. Uma diferença entre um governante democrático e um governante totalitário é que o democrático *ocupa* o lugar; o totalitário é o lugar: *l'État c'est moi*.

Para dizer duas ou três palavras sobre como vejo a função do juiz, o lugar do juiz nesse contexto, vou fazer uma última articulação sobre essa questão. Um filósofo do Direito e poeta italiano, muito estudioso da mitologia, chamado Domenico Corradini, em aula inaugural que ministrou nos cursos de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, em 1998, disse o seguinte: “a ética é o fundamento *a priori* do direito”. *A priori* exatamente no sentido kantiano do termo, que tem a ver com aquela inversão da perspectiva grega de fundamentação da ética na política e não ao contrário. Domenico diz que a ética nos indica uma relação baseada na paridade, não na identidade nem na igualdade entre as pessoas, mas, na verdade, na paridade das condições, uma vez que igualdade das pessoas sugere muito mais a idéia de manada do que a de sociedade humana. A igualdade das condições é posta precisamente para que, a partir dessa igualdade básica, as diferenças possam se realizar. O que oponho aqui à igualdade não é a diferença, mas a desigualdade. O que está oposto à igualdade são as chamadas desigualdades sociais. A democracia é a abertura do campo da diferença e não o seu fechamento. É claro que isso implica os conflitos, mas a democracia não é a negação do conflito, e sim a sua elaboração. Negar o conflito, por medo da emergência das diferenças, é próprio dos sistemas autoritários.

Farei a seguir uma breve contraposição, porque o que hoje mais se contrapõe a essa ética de alteridade, aqui mencionada, é o utilitarismo neoliberal. O utilitarismo existe em nome de uma utilidade. Nesse caso, põe-se a ética fora. A

respeito daquele “dentro-e-fora”, na perspectiva neoliberal a ética é uma coisa que está fora. Porém, a ética é cada vez mais uma necessidade de sobrevivência. Se há alguma possibilidade de saída do neoliberalismo, é uma saída que só pode ser concebida a partir de uma implicação ética daquele sujeito que pensa essa saída no sentido de construí-la, porque, como diz Caetano Veloso, “alguma coisa está fora da ordem, da nova ordem mundial”, que é uma ordem neoliberal. Essa “coisa” que está fora não está lá, já pronta; só estará lá na medida em que venhamos a construí-la e para isso é preciso pensá-la. É por isso que são importantes encontros da natureza deste, dos quais eu participo – e sou muito apaixonado por isso – com os mais diferentes grupos, não apenas de juízes, advogados, promotores, mas, também, de filósofos, psicanalistas, artistas. Há pouco tempo falei para um grupo de capoeira, aqui em São Luis, e muitos dos seus integrantes eram pessoas de 10, 12 anos. Foi uma ótima troca de idéias, aprendi uma porção de coisas naquele debate, naquela interlocução. Porque entendo que a forma de se pensar essas alternativas é justamente pela discussão coletiva, pensando em conjunto para criar alternativas. As alternativas não estão aí, elas só estarão na medida em que venhamos a construí-las.

Finalmente, vou colocar umas breves articulações que já fiz em outras ocasiões e estão até em um texto meu, publicado na revista da *Anamatra*, de 1995, salvo engano. Isso corresponde a uma conferência que proferi em um encontro internacional de juízes do trabalho que houve em Porto Alegre, em 1994. É sempre difícil falar disso para juízes, inclusive porque falo de um lugar, de alguma maneira, de fora. Digo de alguma maneira porque, apesar de nunca ter exercido e nunca ter sentido, digamos, dentro de mim, o pendor para exercer a função de juiz, aprendi a dignificá-la muito cedo na figura do meu pai, que foi magistrado e a quem, além de ter o respeito da comunidade do Maranhão e da comunidade jurídica, considero extremamente digno. E eu, ainda menino, observava, a partir da própria atuação dele, o que é, afinal de contas, alguém estar investido das condições subjetivas necessárias a um juiz. Porque não adianta ser juiz externamente, se não se o é internamente. Se não há um liame psicológico, se não há um liame subjetivo, imagino que seja intolerável desempenhar essa função. Certamente, não é sem angústia que se ocupa um lugar de juiz. Porque, numa perspectiva psicológica, o lugar de juiz não é algo que se ocupe impunemente. Então, interessa-me mais o lugar simbólico do juiz. O juiz ocupa um lugar terceiro; a condição de possibilidade de um juiz pressupõe a possibilidade de uma espécie de dissenso, de uma espécie de conflito, de um espaço de diferença, que é o espaço onde é possível a presentificação de um conflito, e, conseqüentemente, um espaço onde é possível a atuação de um juiz.

O lugar do juiz supõe uma sociedade mais ou menos pacificada, uma sociedade, por assim dizer, pós-contrato, já dentro de uma ordem política, de uma ordem jurídica. É um lugar análogo àquele lugar terceiro que Hobbes designa, no *Leviatã*, como sendo o lugar do árbitro, isto é, daquele que é invocado para decidir quando as partes não chegam a um consenso. Nessa

condição, o lugar do juiz é um lugar que aponta não só para a lei jurídica, mas também para a lei simbólica enquanto lei fundamental de toda ética, enquanto lei que constitui um sujeito como falante. Se sou um falante, é por que sou sujeito a uma ordem simbólica, a uma ordem de linguagem.

Uma das características, por exemplo, da psicose é uma não-sujeição à ordem da linguagem. Daí por que o psicótico trata a palavra não como palavra, e sim como coisa. Hegel já dissera que “a palavra é a morte da coisa”. Se não se perde a coisa, não se acede à palavra. Lacan diz brilhantemente que “a palavra é presença feita de ausência”. O que faz presença na palavra é a falta da coisa. Onde tenho a coisa, não preciso falar; e onde perco a coisa é que a palavra comparece como presença na ausência.

Então, o lugar do juiz é um lugar que aponta para uma ordem jurídica, para uma ordem política, para o substrato ético de base e para a lei simbólica enquanto sujeição a uma ordem de linguagem, a partir de onde se constitui um sujeito falante. Ora, isso implica uma imensa dignidade do lugar de juiz. Há uma dignidade ética, intrínseca ao lugar de juiz. Nessa perspectiva, um juiz criminoso é um dos piores criminosos. A qualificação do seu crime é máxima pelo simples lugar ocupado por ele, que é um lugar que se constitui nessa imbricação ética, jurídica, lingüística, lógica e política. É fundamental que esse lugar, enquanto tal, não seja dissolvido na sociedade. É imprescindível que o lugar do juiz seja, de alguma forma, localizável, identificável, na sociedade.

A função do juiz é sempre presente em qualquer sociedade mais ou menos complexa, independentemente de essa função estar ou não institucionalizada. Essa função pode estar toda concentrada nas mãos de um só. Mesmo assim, ela existe como função. Aquele célebre julgamento do rei Salomão, diante das duas mulheres que reclamavam a maternidade de um bebê, aponta no sentido de um juiz, digamos assim, autorizado, como eram os antigos monarcas, por si mesmo. É autorizado por si mesmo não é bem a expressão, é autorizado por uma ordem que o autoriza. Só que essa ordem é basicamente religiosa, e nem por isso deixa de ser jurídica, política; inclusive, porque nós hoje distinguimos esses campos, mas os antigos não os distinguiram. Ali ele é um juiz. Ele cria a partir de si, ele cria a partir do caso, mas respaldado em uma ordem que o constitui e que o autoriza. É notável a sabedoria da sua decisão, porque ele diz: “Vamos cortar essa criança e vamos dar metade para cada uma dessas postulantes a mãe”. O que acontece? A verdadeira mãe renuncia. É aí que está a lição. A verdadeira mãe renuncia ao filho, não propriamente em favor da outra mulher ou da outra mãe, mas em favor da vida. É essa renúncia que caracteriza a verdadeira mãe, que renuncia em favor da vida desse filho, que renuncia para que, descolando-se dela, ele possa ter acesso a um desejo e, a partir dessa posição, ter uma outra relação com ela, e também ter uma relação com outra que não ela...

Isso já indica que todo exercício da função de juiz supõe, necessariamente, uma incidência de subjetividade, que não se confunde com arbítrio.

Se o juiz está subjetivamente implicado na sua prática, suponho que ele tenha angústia. E se não está, suponho que ele ainda tenha mais angústia. Não sei se os senhores concordam por sua experiência, mas pressuponho que o exercício dessa função é indissociável de uma ponta de angústia. Mas a angústia é como uma faca de dois gumes: onde há criação, há angústia. A angústia é um preço que se paga por toda criação. Mas ela também pode paralisar. A angústia tanto pode ser aquilo a partir de onde se cria como pode ser aquilo que paralisa, que imobiliza o sujeito. Incidência de subjetividade não quer dizer arbítrio. O juiz pressupõe o cidadão que ele fundamentalmente é. Antes de ser juiz, ele é cidadão, ou seja, sujeito político. Ele é sujeito de direito e também sujeito de desejo. A pretensa neutralidade do juiz é algo extremamente importante para que se pense isso que estou colocando. Considero que o juiz não é, não pode ser e, ainda que pudesse, não deveria ser absolutamente neutro. E absolutamente neutro implicaria que “seriam necessários deuses para dar leis aos homens”, como diz Rousseau, e nós sabemos que mesmo as leis que os deuses deram foram e são cotidianamente infringidas.

O apego acrítico à lei, freqüentemente, é um biombo para que o juiz, de alguma maneira, engane a si próprio, no sentido de que ele não tem nada a ver com aquilo. Aliás, pergunto: não é verdade que a lei é sabidamente não-neutra? Não há lei neutra. A lei traduz sempre o resultado de uma disputa de interesses. As leis são estas, mas sempre poderiam ser outras. Durante o período em que ensinei Introdução ao Direito em cursos de Direito e, mais adiante, Filosofia do Direito, sempre costumava colocar esta questão, que ouvi do meu primeiro professor de Direito: por que o Direito é esse e não outro? É uma questão básica para se colocar para o aluno de Direito quando ele entra e está assistindo à primeira aula. Por que as normas jurídicas são estas e não outras? Elas sempre poderiam ter sido outras. Se são estas ou aquelas, isso é o resultado de uma escolha e, onde há escolha, não há neutralidade. Conseqüentemente, quando o juiz aplica a lei, aplica, em qualquer dimensão que se pense – política, ética ou economicamente –, um instrumento não-neutro. Se ele aplica neutramente um instrumento que, por sua vez, não é neutro, aí mesmo é que ele não é neutro, e não deixa de ter uma certa dose de ingenuidade também.

Ora, dizendo isso, não estou dizendo que o juiz deva espezinhar a lei. Pelo contrário, nós sabemos do primado da lei como fonte do Direito dentro da chamada família jurídica romano-germânica, que é o nosso caso. A lei é a fonte por excelência do nosso Direito, é a baliza essencial para o juiz. Mas o juiz só se justifica enquanto tal se tiver alguma autonomia para julgar na singularidade, porque ele está sempre ligado à singularidade, corrigindo a lei quando necessário, corrigindo a lei em benefício da justiça. E muitos são os critérios éticos que um juiz, implicado na sua prática, não pode ignorar, isso pela vagueza e indeterminação que circundam o conceito de justiça. Julgar friamente, de acordo com a lei e apenas isso? Francamente! Não é necessário um sujeito humano para fazer tal coisa; programe um computador e ele fará com muito mais eficácia, com muito mais rapidez, com muito mais celeridade.

Dá a necessidade de um sujeito humano para proferir uma sentença. Somente ele tem noção da lei. Evoco aqui a célebre antítese: *Antígona versus Creonte*. O juiz não pode estar só no lugar de Creonte. Ele está também nesse lugar, mas é Antígona que traz a dimensão ética que sustenta e legitima sua prática e o legitima naquele lugar, porque, se o juiz não tem legitimidade ética, não tem legitimidade nenhuma para ser juiz. Só o sujeito humano pode ter noção da lei, do dever, mas também da paixão, do desejo, do irracional, do imponderável em cuja confluência se decide a singularidade de cada caso. Só um sujeito humano pode fazer aquilo que a máquina não pode: implicar-se subjetivamente na sua prática e, por isso mesmo, responder por ela. Costumo dizer também nesta passagem que a verdade, no campo do Direito, não é só uma questão de prova, não é só uma questão lógica, não é só uma questão teórica, não é só uma questão epistemológica; a verdade no campo do Direito é também uma questão ética. Uma sentença não precisa apenas estar juridicamente sustentada, ela precisa estar também eticamente sustentada, porque o Direito violador da ética não é Direito.

Incluo-me entre aqueles que defendem o chamado pluralismo jurídico, algo que durante um tempo se chamou, talvez um tanto equivocadamente, de Direito Alternativo. O pluralismo jurídico diz: há um direito que brota na sociedade e que aí está, mesmo quando não é reconhecido pelo Estado como direito. Esse pluralismo jurídico, em que o protagonista principal não é o Estado, mas a sociedade, reside naquilo que diz Chico Buarque: “cada ribanceira é uma nação”. E isso implica a necessidade de um juiz que tenha a sensibilidade para essa dimensão, porque, se no chamado pluralismo jurídico, o protagonista por excelência é a sociedade, no uso de um direito que leva em conta essa diversidade, o protagonista principal é o juiz. E é ele que vai aplicar a lei tendo em vista todas essas variáveis éticas, sociais etc.

É interessante também notar que, geralmente, quando o juiz faz isso, ele o faz a bem da justiça, ele o faz a bem de corrigir, às vezes, distorções na lei em garantia do mais fraco. É interessante que essa perspectiva seja colocada, que esteja presente, mas também que percebamos que ela pode ser enganadora. Não podemos ingenuamente acreditar que o oprimido, só por ser oprimido, está acima do bem e do mal. Uma vez perguntaram-me, em um encontro de estudantes de Direito, o seguinte: “você acha que a classe dominante é comprometida com a democracia?” Respondi assim: “acho que não, mas isso não quer dizer que a classe dominada o seja. O fato de a classe dominante não ser comprometida com a democracia não implica automática e necessariamente que a classe dominada o seja!”

Então, o oprimido não está em um lugar santificado. O oprimido frequentemente identifica-se não com a sua libertação, mas com o opressor. É o empregado que quer virar patrão, ele não quer articular-se com outros empregados para se libertar da opressão do patrão, ele quer mudar de lugar para poder oprimir daquele outro lugar. Então, é evidente que é necessário ter cuidado para não idealizar simplesmente o mais fraco, porque o fato de ele ser o mais fraco não o legitima previamente.

O juiz pode existir independentemente do Poder Judiciário, essas funções podem estar todas colocadas nas mãos de um só, por exemplo, não haver divisão de poderes e, mesmo assim, haver a função do juiz. A função do juiz não se esgota apenas no Poder Judiciário. O Poder Judiciário não pode ser algo posto acima do bem e do mal. O juiz que pensa eticamente a sua prática está aberto, pelo menos, à discussão da possibilidade de um controle social do Judiciário. Não de um controle que seria apenas interno no que tange à função propriamente jurisdicional, mas de um controle que seria também externo no que concerne às atividades administrativas e à aplicação de recursos públicos. Em relação a isso, o juiz e o Poder Judiciário devem prestar contas à sociedade tanto quanto quaisquer outros poderes ou membros de poderes, porque uma ditadura do Judiciário não é menos ditadura do que qualquer outra.

Enquanto cidadão, não posso sentir-me garantido apenas com a boa intenção dos juízes, se não houver instrumentos institucionais que limitem eticamente a sua atuação. Porque esse limite não atinge apenas os juízes, atinge o próprio soberano, do qual a função de juiz é uma parte. O próprio soberano tem seu poder absoluto limitado, porque, se ele não o tem, não é um soberano, e sim um déspota. Da mesma forma, todos aqueles que exerçam funções de soberano, que, na divisão de poderes, incluem os três poderes, têm também, inclusive para resguardarem a si próprios, ética e politicamente, de admitir a necessidade de um controle, cuja forma, evidentemente, precisa ser democrática e precisa ser discutida. E esse controle é um controle que eu caracterizaria, não propriamente como estatal, mas, antes de tudo, como social, porque acho que, em uma democracia, a sociedade controla o Estado.

¹ Entendo que o *pacto* é o pressuposto do contrato, e consiste, a rigor, no reconhecimento do outro como pessoa, como *outro*, como diferente. Somente a partir desse reconhecimento pode haver uma *interlocução*. A introdução dessa dimensão de alteridade, ou seja, a entrada em cena do outro como tal, nos parece constitutiva do campo da ética. É nesse contexto que se pode entender a definição hobbesiana de *injustiça* como o descumprimento dos pactos. *Contrato*, por sua vez, é aqui tomado, como já indiquei, no sentido de transferência mútua de direitos.

ABSTRACT

The author, using a philosophical and psychoanalytical approach, presents a brief analysis of the concept of civil rights/citizenship and its influence on the activities of the Judicial Branch.

KEYWORDS

Justice. Ethics. Civil Rights/Citizenship. Judicial Branch.

A NOVA REDAÇÃO DO ART. 544, § 1º, CPC: AUTENTICAÇÃO DE PEÇAS E RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO

*Cristiano Reis Juliani**

1 Considerações introdutórias. 2 Responsabilidade do advogado e a autenticação de peças do agravo. 3 Conclusão.

RESUMO

Em breve artigo, analisa-se a modificação legislativa operada pela lei n. 10.352/01, notadamente a responsabilidade do advogado pela autenticação das peças do agravo de instrumento.

PALAVRAS-CHAVE

Agravo de instrumento. Responsabilidade. Advogado. Estatuto da OAB.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Lei n. 10.352, publicada no DOU de 27/12/2001 e em vigor desde 27/03/2002, introduziu modificações no procedimento dos recursos especiais e extraordinários, entre elas a não-exigência de autenticação cartorária das peças do agravo interposto contra a inadmissão desses recursos. A alteração se deu na parte final do § 1º do art. 544, do qual passou a constar que “as cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal”.

A jurisprudência dos dois tribunais a que se dirigem esses recursos, firmada antes da vigência da lei modificadora, oscilou entre o rigorismo formal da exigência da autenticação e o abrandamento da regra, tendo prevalecido a primeira. As razões invocadas num e noutro sentido caminhavam da literalidade da lei, notadamente do art. 365, CPC, à interpretação sistemática do princípio da ampla defesa e da presunção de boa-fé do advogado. Na verdade, o debate situava-se no tênue liame entre o formalismo e a instrumentalidade, a exigir do aplicador do Direito contínua renovação de sua atividade interpretativa.

O Superior Tribunal de Justiça – secundando a orientação do Supremo Tribunal Federal – preferiu a interpretação literal do art. 365, CPC, em-

* Assessor de Ministro no Superior Tribunal de Justiça, Professor no UNICEUB – Centro Universitário de Brasília e Procurador do Município de Belo Horizonte, MG.

bora com votos divergentes, ao que se vê dos precedentes de cada uma das suas seis Turmas, como exemplificam, entre vários, os AgRgAI n. 138.219-ES, DJU 2/2/1998, rel. Min. Garcia Vieira¹; 396.004-SP, DJU 4/3/2002, rel. Min. Paulo Medina²; 249.823-SP, DJU 11/12/2000, rel. Min. Nancy Andrichi³; 219.327-RJ, DJU 13/12/1999, rel. Min. Barros Monteiro⁴; 406.361-SP (EDcl), DJU 5/8/2002, rel. Min. Félix Fischer⁵; 398.382-SP, DJU 25/2/2002, rel. Min. Hamilton Carvalhido.⁶

A nova redação do § 1º do art. 544, CPC, tentou corrigir, na verdade, uma distorção criada por essa tortuosa interpretação dada ao dispositivo, em sua redação anterior. É que a lei processual - até a edição da Lei n. 10.352/01 - não mencionava a exigência de autenticação de cópias processuais, que veio por genuína criação jurisprudencial. O art. 365 do CPC, sempre invocado nos precedentes, se refere à prova documental e não a peças extraídas do próprio processo, como acontece no agravo. A diferença entre ambos, deixou-a reluzente o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira ao laborar voto no sentido da dispensa da autenticação, amparando-se nas lições de Amaral Santos, Athos Carneiro, Frederico Marques e Hernando Devis Echandia, e na presunção de boa-fé do advogado, que objetivamente se extrai da sistemática processual brasileira. A par de considerações sobre a economia e a celeridade, concluiu o Ministro pela inaplicabilidade do art. 365 do CPC ao agravo contra a inadmissão do recurso especial e também pela inexistência de alusão, no art. 544, § 1º, CPC, à autenticação, diferentemente do que ocorre, por exemplo, quanto à divergência jurisprudencial para fins de interposição do apelo especial, para a qual o art. 541, parágrafo único, CPC, expressa “cópia autenticada”.

Ao incorporar a referência à autenticação, a lei acabou por corroborar a própria exigência dela, como demonstrou a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, contrariando o antiformalismo, no AgRgAI n. 422.966-RJ (DJU 17/06/2002), julgado quando já vigente a Lei n. 10.352/01, ementando que “a jurisprudência predominante desta Corte é conclusiva no sentido de que o instrumento de agravo deve ser formado com cópias autenticadas das peças constantes dos autos principais, por obediência ao disposto no art. 365, III, do CPC”. E, em relação à alteração do § 1º do art. 544, considerou-a uma “opção do legislador pela necessidade de autenticação dos traslados, acompanhando o entendimento jurisprudencial predominante”⁷

Ao pretender consertar o que estava torto, certo é que a lei acabou criando outro problema, semelhante ao anterior: a permanência da indesejável controvérsia sobre a necessidade ou não da autenticação. Em resumo, tornou-se inócua a inovação, a não ser - como antes - que os julgadores se inspirem nos princípios do processo, sobre cuja aplicação, como demonstra a experiência, não há unanimidade no meio forense. Aliás, antes era mais fácil argumentar a desnecessidade da autenticação do que agora; afinal, o CPC não aludia expressamente ao tema com relação ao agravo do art. 544.

Com efeito, da *faculdade* de o advogado declarar a autenticidade das peças do processo decorre a exigência de que as peças sejam autenticadas: o advogado pode – e nesse verbo se contém uma *faculdade* – declarar a autenticidade das cópias juntadas. Não o fazendo, incumbe-lhe o *ônus* de promover a autenticação em cartório, nos moldes já praticados antes da Lei n. 10.352/2001. A diferença entre uma e outra escolha é que a faculdade de declarar a autenticidade se encerra na esfera do próprio agente – no caso, o advogado – enquanto o ônus de autenticar em cartório, caso não queira fazê-lo *sponte sua*, é a “faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse”⁸.

Assim, o não-exercício da faculdade, pelo advogado, acarretaria a ele o ônus da autenticação cartorária. Sem exercer um nem outro, o advogado poderia deparar um entrave à sua pretensão: o não-conhecimento do agravo. Exatamente como vinha acontecendo antes da vigência dessa Lei n. 10.352/01, que, no fim das contas, inovou no ordenamento processual ao referir-se à autenticação das peças do agravo. Como as letras da lei não se presumem inúteis, de nada adiantaria a previsão legal de declaração pelo advogado se, à falta desta, nenhuma consequência pudesse advir. Logo, se o advogado não declarar, deve autenticar em cartório; sem o fazer, sujeita-se ao não-conhecimento do agravo que patrocinou.

Essa solução vem, é claro, na contramão do espírito da Reforma, que consiste na simplificação dos procedimentos e na mitigação da forma em prol da efetividade do processo. A própria exposição de motivos do projeto de lei qualifica essa alteração “como novidade simplificadora e antiformalista” (Cadernos IBDP, vol. II, p. 16, org. Petrônio Calmon Filho). Por esse raciocínio, seria razoável imaginar que, à falta da declaração de autenticidade pelo próprio patrono da parte, não se deveria exigir a autenticação. Todavia, não é o que se extrai da norma, em sua expressão literal.

Evidentemente, não é de desmerecer-se o mencionado propósito antiformalista. Ao contrário, são inegáveis e notórias a simplificação do procedimento e a redução do custo do processo para as partes. Com efeito, a dispendiosa e demorada autenticação das peças, a demandar mão-de-obra dos escritórios de advocacia e dos serventuários da Justiça, transforma-se em singela declaração do advogado, que pode fazê-la na própria petição de interposição.

A controvérsia se instaura desde quando o advogado não utilize a faculdade a ele conferida pela nova lei e também não autentica as peças em cartório. O Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira Turma, destarte, perpetuou o dilema ao não conhecer do agravo.

2 RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO E A AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS DO AGRAVO

Outro aspecto há na recente alteração do § 1º do art. 544, CPC, a merecer reflexão. Trata-se da “responsabilidade pessoal” do advogado re-

ferida no dispositivo. Na exposição de motivos o Ministro da Justiça debulhou a expressão em “responsabilidade civil, responsabilidade perante os órgãos disciplinares da própria OAB e eventual responsabilidade criminal” (Cadernos, op. cit., p. 16). Trata-se de obrigação vinculada à declaração falsa de autenticidade das cópias, vale dizer, o advogado não está obrigado a declarar autênticas as cópias, porém se obriga à veracidade do que declarar, se o fizer.

A responsabilidade do advogado, nesse caso, pode dar-se em todos os âmbitos: civil, processual, disciplinar e criminal. A civil se refere à indenização ao lesado, que pode ser – e em regra será – o próprio cliente. Define-se no Código Civil e pelas normas do Direito Civil se rege. Nessa modalidade, deve o lesado mover ação própria contra o causídico, demandando-lhe as perdas e danos e comprovando a sua culpa.

Processualmente, responde o advogado pelos deveres estabelecidos no art. 14, CPC, dentre eles a lealdade e a boa-fé, que se traduzem em princípios norteadores do processo. Nessa hipótese, deve perquirir-se a má-fé do advogado em declarar autênticas peças falsas, não sendo a culpa suficiente para a condenação na verba indenizatória prevista no art. 18, CPC. Comprovada a má-fé, a responsabilidade pode ser decretada nos próprios autos da ação em curso, incidentalmente, fixando-se desde logo o valor da condenação ou se deixando a arbítrio futuro, quando da liquidação ou do julgamento final da causa. Nesse caso, é de ressaltar-se, a responsabilidade há de recair sobre o advogado e não sobre a parte, não só por ser ela “pessoal”, como exposto na novel redação do art. 544, § 1º, CPC, como por ser somente a ele imputável a declaração.

No âmbito disciplinar, a responsabilidade deve ser apurada com base no Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906/94, em que há várias disposições a respeito. O art. 32 responsabiliza o advogado “pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. O art. 34 arrola entre as infrações disciplinares “deturpar o teor de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa”, prevendo a censura como sanção, no art. 36, inc. I. O art. 70 da mesma lei, por sua vez, fixa a competência do Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tenha ocorrido a infração para a tramitação do processo disciplinar, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal. Já os artigos 71 a 77 estabelecem o procedimento para apuração das infrações.

Na esfera criminal, a responsabilidade se dá na modalidade dolosa, a ser apurada conforme os atos praticados para a consumação da falsidade. O processo, no caso, depende da iniciativa do Ministério Público e se desenvolve no âmbito da jurisdição penal, em ação própria e a depender, claro, da tipificação da conduta.

Em todos os âmbitos da responsabilidade, saliente-se por fim, a premissa é uma só: a falsidade da declaração de autenticidade das cópias das peças do processo trasladadas para o agravo do art. 544, CPC.

3 CONCLUSÃO

Em conclusão, a nova redação do § 1º do art. 544, CPC: a) visou simplificar a exigência da autenticação das peças do agravo dirigido ao STF e ou ao STJ, antes existente por criação jurisprudencial dessas duas Cortes; b) acabou por introduzir na sistemática do agravo a referência à autenticação, o que não havia; c) conferiu ao advogado a faculdade de declarar autênticas as cópias, sob sua responsabilidade; d) impôs ao causídico, *ipso facto*, o ônus de autenticar as peças em cartório, caso não use aquela faculdade; e) fez acarretar ao agravo o entrave do não-conhecimento se não houver a declaração nem a autenticação cartorária; f) atendeu ao espírito antiformalista da Reforma apenas na hipótese de o advogado valer-se daquela faculdade; g) perpetuou a indesejável polêmica sobre a necessidade ou não da autenticação; h) previu a responsabilidade pessoal do advogado pela falsidade de sua declaração relativa à autenticidade das peças.

Melhor tivesse a lei acabado de uma vez por todas – e literalmente – com a necessidade de autenticação de cópias extraídas do próprio processo, ressaltando a possibilidade de a parte contrária argüir falsidade.

¹ “AGRAVO REGIMENTAL - PEÇAS FORMADORAS DO AGRAVO - AUTENTICAÇÃO - ART. 365, INC. III DO CPC. É estabelecido no CPC, pelo art. 365, inc. III “que fazem a mesma prova que os originais as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório com os respectivos originais”. Neste recurso não se atendeu às determinações processuais”.

² “É jurisprudência assente neste eg. Tribunal ser indispensável a autenticação das peças de traslado obrigatório na formação do instrumento de agravo contra decisão denegatória de seguimento a recurso especial, ex vi do art. 365, inc. III, do Código de Processo Civil”.

³ “Não se conhece o Agravo de Instrumento se as cópias das peças trasladadas não se encontram devidamente autenticadas, ressalvado o ponto de vista da Relatora, para a qual tal formalidade se revela desnecessária, máxime na hipótese em que a autenticidade das cópias não foi impugnada especificamente pela outra parte”.

⁴ “Segundo o disposto no art. 544, § 1º, do CPC, compete às partes instruir o agravo, sendo de sua responsabilidade a não apresentação das peças tidas como obrigatórias.

O presente instrumento encontra-se em desacordo com o preceito do art. 365, III, do CPC, tendo em vista que as peças trasladadas não foram autenticadas”.

⁵ “As cópias dos autos principais trasladadas ao agravo de instrumento devem ser autenticadas (arts. 365, III, e 384, ambos do CPC). (Precedentes)”.

⁶ “Constitui ônus da parte a autenticação das peças trasladadas, sob pena de não conhecimento do recurso de agravo de instrumento (artigo 544, parágrafo 1º, combinado com o artigo 384, ambos do Código de Processo Civil). Precedentes do Supremo Tribunal Federal”.

⁷ Relator Ministro Luiz Fux.

⁸ CINTRA, Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, p. 281.

ABSTRACT

In a brief article, the author assesses the changes brought at the Civil Process Code by the Law Number 10.352/01, especially the modification concerning the attorney liability related to the legalization of documents necessary to appeals against interlocutory decrees.

KEYWORDS

Appeals against interlocutory decrees. Liability. Attorney. Brazilian Bar Association (BBA) Statute.

DE QUE CONSTITUIÇÃO SE FALA QUANDO SE FALA DE CONSTITUIÇÃO?

Fayga Silveira Bedê*

1. O dissenso teórico acerca do conceito de Constituição. 2. O conceito de Constituição no sentido material e formal. 3. A supremacia da Constituição. 4. A leitura da Constituição a partir de diferentes referenciais teóricos. 4.1. A concepção sociológica da Constituição em Ferdinand Lassale. 4.2. A concepção jurídico-normativa da Constituição em Konrad Hesse. 4.3. A *Constituição Aberta* de Peter Häberle. 4.4. A Constituição como um *sistema aberto de regras e princípios* de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho. 5. Considerações finais.

RESUMO

O artigo alinhava algumas discussões acerca do conceito de Constituição, promovendo uma costura entre referentes clássicos e contemporâneos, a fim de demonstrar a fluidez de um conceito que é, por definição, fruto de uma escolha política.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição. Conceituação. Supremacia. Normatividade. Interpretação constitucional.

1 O DISSENSO TEÓRICO ACERCA DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

O conceito de Constituição pode ser tematizado a partir de múltiplos aportes teóricos, sendo que, em razão da plurissignificatividade¹ peculiar à sua conceituação, urge que se delimite, desde logo, qual o enfoque de interesse da presente investigação.

Assim, dentro dos parâmetros traçados neste trabalho, interessa perspectivar a Constituição escrita² de tipo rígido³, ínsita às ordens jurídicas contemporâneas.

Em face da ausência de consenso verificada na doutrina, e, tendo em vista a riqueza de matizes de que se revestem as suas distintas abordagens, far-se-á alusão às teorias que conferem melhor operacionalidade ao enfoque que se busca imprimir.

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

2 O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO NO SENTIDO MATERIAL E FORMAL

Tarefa imprescindível quando da análise do conceito de constituição é esquadrihá-la em sua dúplici dimensão: formal e material.

Jorge Miranda preleciona que a Constituição, considerada por um viés material, diz respeito ao seu conteúdo, ao seu objeto ou à sua função; ao passo que, tomada sob uma perspectiva formal, diz respeito “à posição das normas constitucionais em face das demais normas jurídicas e ao modo como se articulam e se recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico.”⁴

Prossegue o ilustre professor português lecionando que a Constituição sob o ponto de vista material pode assumir qualquer conteúdo, na medida em que se lhe compreenda pelo

cerne dos princípios materiais adoptados por cada Estado em cada fase da sua história, à luz da ideia de Direito, dos valores e das grandes opções políticas que nele dominem. Ou seja: *a Constituição em sentido material* concretiza-se em tantas *Constituições materiais* quanto os regimes vigentes no mesmo país ao longo dos tempos ou em diversos países ao mesmo tempo.

De outro lado, o conceito formal de Constituição abstrai-se das questões atinentes ao conteúdo, centrando-se exclusivamente no processo de elaboração ou modificação das normas constitucionais; de sorte que estas - ao contrário do que ocorre com as demais normas jurídicas - devem ser produzidas por um processo mais solene e agravado do que o exigido para a criação legislativa comum.⁶

Referenciando-se em José Joaquim Gomes Canotilho, Ruy Samuel Espíndola resume com muita percuciência as notas características da Constituição, em sua aceção formal:

Fala-se em Constituição formal, para se denotar a lei fundamental como *fonte formal* do direito constitucional. Tal sentido baseia-se, de forma geral, na pressuposição de que haja (i) um *poder constituinte* (ii) com a *intenção* normativo-constitucional, (iii) através de *procedimento* idôneo, de produzir uma Constituição escrita. A esses pressupostos, se associa, de forma mais ou menos generalizada, outro: (iv) *força jurídica superior*. Por essa idéia, o sentido de Constituição formal exige, para alteração da lei fundamental, processos agravados de revisão, expressados no caráter *rígido* ou *semi-rígidos* das constituições escritas.

Na prática, contudo, estas diferenciações não se apresentam de forma tão tranqüila, pois, como bem observa Paulo Bonavides, situações há, em que determinadas matérias, cujo conteúdo autorizaria um tratamento

legislativo pelas vias ordinárias, acabam sendo inseridas no texto constitucional por decisão do constituinte. Assim, diz-se que se tratam de matérias de “aparência constitucional”, uma vez que sua inserção na Constituição ocorre de modo impróprio - formalmente, e não materialmente - porquanto seu teor não se remete “aos pontos cardeais da existência política, a saber, à forma de Estado, à natureza do regime, à moldura e competência do poder, à defesa, conservação e exercício da liberdade.”⁸

O inverso também sói ocorrer, uma vez que, não raro, vê-se matérias de índole eminentemente constitucional que terminam restando excluídas do texto da Constituição, relegando-se o seu tratamento às vias ordinárias. O paradoxo reside em que estas matérias fazem parte da Constituição, mas não integram o seu corpo formalmente, conforme se depreende das lições de Paulo Bonavides:

Esses documentos legislativos com força constitucional são parte da Constituição material em sua acepção mais ampla, que transcende o texto rígido oriundo da vontade constituinte e a ele obviamente se prende, de uma forma indireta e mediata. Sendo obra do legislador ordinário, não entraram todavia no corpo da Constituição e dela formalmente não fazem parte.

3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Como visto no tópico precedente, CANOTILHO assinala, como um dos pressupostos da Constituição formal, a existência de uma “força jurídica superior”; de onde se conclui que o conceito de Constituição formal deve ser iluminado pela apreensão do sentido da supremacia constitucional.

Conferindo tratamento ao certame, CANOTILHO leciona que esta característica relativa à posição hierárquico-normativa superior da Constituição se traduz por meio das seguintes manifestações:

- (i) através de sua “autoprimazia normativa”, no sentido de que suas normas constituem-se em uma “lex superior”, cujo fundamento de validade não é derivado de nenhuma outra norma, mas advém dela mesma;
- (ii) em razão de que as normas constitucionais constituem-se em “normas de normas” (*norma normarum*), funcionando como fonte de produção jurídica de outras normas;
- (iii) por servirem (as normas constitucionais) como parâmetro de conformidade dos atos dos poderes públicos, os quais devem pautar sua conduta de acordo com as “heterodeterminações positivas e negativas” da Constituição.¹⁰

Na condição de “determinantes negativas”, as normas constitucionais desempenham uma função de *limite* em relação às normas hierarquicamente

inferiores. Enquanto “determinantes positivas” atuam regulando parcialmente o conteúdo das normas infraconstitucionais. É que a preeminência normativa constitucional reclama uma conformação não somente *formal*, mas também *material*, por parte das demais normas da ordem jurídica em relação à Constituição.¹¹

Por via de consequência, o direito ordinário (em seus diversos ramos, v.g. direito civil, administrativo, etc) já não pode mais ser concebido como um ramo absolutamente autônomo em face do Direito Constitucional; convertendo-se em verdadeiro “direito constitucional concretizado”¹², na medida em que se encontra materialmente vinculado às normas e princípios constitucionais.¹³

Contudo, convém esclarecer que esta “subordinação” do direito infraconstitucional não se dá em termos absolutos; significando apenas que as normas do direito ordinário não estão “livres da Constituição”. Em outras palavras: o fato de que a legislação infraconstitucional é informada materialmente pela Constituição não implica em retirar ao legislador ordinário a sua autonomia de determinação. Sendo a Constituição um “sistema aberto de regras e princípios”¹⁴, há que se respeitar o necessário espaço de conformação do legislador infraconstitucional.¹⁵

O arquétipo mais comumente utilizado quando se trata da questão da supremacia constitucional é a figura da pirâmide normativa, enquanto sistema unificado e escalonado de normas, no qual as normas inferiores retiram seu fundamento de validade das normas imediatamente superiores, e assim sucessivamente, até que se chegue à Constituição - vértice de todo o sistema.

Por fim, Regina Maria Macedo Nery FERRARI referenciando-se nas lições de Nagib SLAIBI FILHO, chama atenção para os desdobramentos principiológicos decorrentes da supremacia constitucional, dentre os quais se destaca: (i) o princípio da unidade (as normas inferiores devem se adequar às normas superiores contidas na Constituição); (ii) o princípio da constitucionalidade (verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais em relação às normas superiores); (iii) princípio da razoabilidade (as normas infraconstitucionais devem ser instrumentos ou meios adequados aos fins estabelecidos na Constituição); (IV) princípio da rigidez para a reforma constitucional (é exigido um procedimento agravado em relação à elaboração da norma legislativa comum).¹⁶

4 A LEITURA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DE DIFERENTES REFERENCIAIS TEÓRICOS

Na construção de uma dogmática comprometida com a defesa intransigente dos direitos fundamentais, urge perspectivar a Constituição a partir de uma epistemologia emancipatória, cuja maior preocupação consista na elaboração de um discurso capaz de instrumentar o caráter normativo e vinculativo da Constituição.

Com efeito, para que se possa recuperar o potencial emancipatório da Constituição, convém manejar um instrumental teórico que problematize adequadamente a “tensão ajustada entre a *realidade* e a *normatividade* constitucionais”;¹⁷ ao fim de se concebê-la (a Constituição) enquanto “instrumento de transformação da realidade”, e não mais como simples “refém” - impotente em face da realidade dos processos de poder.

4.1 A concepção sociológica da Constituição em Ferdinand Lassale

Lassale - advogado alemão contemporâneo de Marx - proferiu uma conferência em 1863 para operários e intelectuais da antiga Prússia, vindo a resultar na obra “A Essência da Constituição”, a qual auferiu grande notoriedade entre os constitucionalistas, havendo se convertido em um clássico do pensamento jurídico.¹⁸

Para Lassale, a essência de uma Constituição reside na “soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”. Esta seria a sua concepção de “Constituição Real”. Da soma destes “fatores reais de poder” e de sua inscrição em uma folha de papel, resultaria a “Constituição Jurídica”.¹⁹

Dito de outra forma: “*a essência da Constituição (material) é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, sendo a Constituição escrita nada mais que um pedaço de ‘folha de papel’ onde esses fatores são documentados, impressos, tornando-se verdadeiro direito.*”²⁰ (itálico no original).

Paulo Ricardo SCHIER esclarece que os “fatores reais do poder” aos quais se refere LASSALE são aqueles “que formam a sociedade, pois são eles que atuam no meio histórico como *força ativa e eficaz que informa todas as leis e as instituições jurídicas vigentes*”.²¹

A partir da distinção firmada entre a Constituição Real e a Constituição Jurídica (escrita em uma “folha de papel”), chega o autor à conclusão de que apenas a *Constituição escrita* é que se constitui em uma prerrogativa dos tempos modernos. No que se refere à *Constituição real e efetiva*, - identificada por Lassale com a soma dos fatores reais de poder de cada sociedade - esta, a possuíram e a possuirão sempre todos os países; já que todos os povos, em todos os tempos, sempre tiveram o seu próprio complexo de “fatores reais de poder”.²²

Ainda de acordo com o autor em estudo, para que seja “boa e duradoura” uma *Constituição escrita* deve guardar íntima correspondência com a *Constituição real*, e, por conseguinte, com os fatores do poder que regem o país (ao tempo de Lassale, seriam o rei, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária). Pois, do contrário, “Onde a *constituição escrita* não corresponder à *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a *constituição escrita*, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a *constituição real*, a das verdadeiras forças vitais do país.”²³

Como se vê, Lassale dedica à Constituição um papel meramente ornamental na sociedade, uma vez que, em seu entender, “as constituições escritas não têm valor nem são duráveis, a não ser que *exprimam fielmente* os fatores do poder que imperam na sociedade”.²⁴ Ora bem! Se a Constituição Jurídica só guarda sentido se e na medida em que “refletir” as relações de poder já existentes no seio da sociedade, então, de que vale o esforço de compilar os dados relativos a esses processos de poder e reduzi-los a termo em uma “folha de papel”?! Se a Constituição Jurídica não é capaz de operar qualquer transformação, por menor que seja, no âmbito da realidade destes processos de poder, então, - a seguir esta linha de raciocínio - se é obrigado a concluir que a Constituição Jurídica, além de não passar de uma simples “folha de papel”, merece ser amarrotada e jogada no ostracismo.

Senão vejamos, a Constituição tal como concebida por Lassale não aproveita a ninguém! Não tem serventia alguma aos detentores do poder, pois o poder que estes detêm não decorre da Constituição, mas sim de realidades fáticas que dela independem. E, por outro lado, afigura-se igualmente inócua àqueles que são destituídos de força dentro das relações sociais de poder, uma vez que ela não tem - segundo Lassale - o condão de afetar a distribuição de poder entre os diversos fatores sociais, no sentido de operar uma transformação dessas relações de poder com vistas à emancipação do homem.

Note-se que esta concepção de Lassale opera no sentido de um tendencial esvaziamento da normatividade constitucional, retirando da Constituição a sua dimensão prospectiva,²⁵ e fazendo-a refém das condições presentes, porquanto incapaz de contribuir com a sociedade para a construção de um mundo mais justo.

No item subseqüente, procurar-se-á fazer um contraponto ao ceticismo conformista de Lassale, introduzindo-se uma análise sobre a concepção de Konrad HESSE sobre a força normativa da Constituição.

4.2 A concepção jurídico-normativa da Constituição em Konrad Hesse

Konrad HESSE procurou estabelecer, através de sua obra “A Força Normativa da Constituição” (1959), um diálogo intertextual com a obra “A Essência da Constituição” - a qual foi objeto de análise no tópico antecedente.²⁶ Quase um século depois de sua publicação, a atualidade das questões problematizadas por Lassale, acerca do conflito existente entre a normatividade e a realidade constitucional, ainda estava a demandar a elaboração de um discurso teórico capaz de se contrapor à altura das reflexões por ele colocadas.

Confira-se, pois, em que termos foi lançada esta resposta.

Para Konrad HESSE, a proposição lançada por Ferdinand LASSALE de que as relações fáticas de poder consistem no único fator *determinante* da

Constituição constitui-se em uma visão distorcida e reducionista do fenômeno constitucional.

Com efeito, para que se obtenha uma adequada compreensão deste fenômeno, é preciso enxergá-lo na totalidade de suas dimensões, a partir da percepção de que há uma relação de mútuo condicionamento entre a *Constituição Jurídica* e a *realidade político-social*. De fato, “O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas - ordenação e realidade - forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco.”²⁷

Prossegue HESSE, advertindo para a necessária superação de antigas concepções insuladas, as quais empreendiam a separação extremada entre norma e realidade. De acordo com o ilustre jurista alemão, um tal raciocínio conduz inexoravelmente ao absurdo jurídico: seja de “uma norma despida de qualquer elemento da realidade”; seja de “uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”.²⁸

Em HESSE, a “força condicionante da realidade” e a “normatividade constitucional” constituem-se em forças distintas em estado de coordenação e interdependência. Contudo, o simples fato de que a normatividade da constituição pode se constituir, em certa medida, em uma força própria, não autoriza a conclusão de que a norma constitucional possa ter existência autônoma em face da realidade. É que a “força normativa da constituição” reside na sua *pretensão de eficácia*, ou seja, na sua pretensão de que a situação por ela regulada venha a ser concretizada na realidade. Em outras palavras: dizer que a normatividade da Constituição opera sobre a realidade constitucional, implica em admitir que a sua *pretensão de eficácia* não pode prescindir das condições históricas de sua realização.²⁹

Assim, normatividade constitucional (pretensão de eficácia) e realidade político-social (condições históricas de realização da norma) são instâncias de atuação intrinsecamente ligadas, que se constituem na dúplici dimensão do fenômeno constitucional.

Neste sentido, pondera HESSE:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser; ela significa mais que o simples reflexo das relações fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.

A força normativa de uma Constituição será tanto maior, quanto mais lograr a realização de sua pretensão de eficácia. Contudo, os limites e as

possibilidades de sua realização não estão cingidos exclusivamente aos postulados da Razão; restando igualmente conformados pela realidade à qual se dirigem. Assim é que a “norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente.”³¹

Contudo, se é verdade que a Constituição deve ter assento nas circunstâncias do contexto histórico, temporal e espacial, no qual está inserida; não menos verdadeiro é que ela mesma deve se converter em “força ativa”. Pois, muito embora “a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.” Quando se dá cumprimento a estas tarefas, a Constituição se converte efetivamente em força ativa.³²

Nas palavras do próprio HESSE, há *vontade de Constituição* quando, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, existe a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida. Assim, a Constituição se converte em força ativa quando há na consciência geral, e, em especial, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não somente a *vontade de poder*, mas também a vontade de concretizar essa ordem, ou seja, a *vontade de Constituição*.³³

Por fim, apenas para encerrar este breve apanhado do pensamento do autor, urge esclarecer, quanto à *vontade de Constituição* - indiscutivelmente, uma categoria-chave na teoria de HESSE - que esta se baseia na compreensão: (i) “da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme”; (ii) de que a ordem constitucional “necessita estar em constante processo de legitimação”; (iii) de que “essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”.³⁴

4.3 A Constituição Aberta de Peter Häberle

Häberle propõe a democratização do processo interpretativo constitucional, promovendo-se a passagem da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma sociedade aberta em que todos os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os grupos, todos os cidadãos são reconhecidos como potenciais intérpretes da Constituição.

Para Häberle, não se pode considerar unicamente a interpretação constitucional dos juízes, uma vez que “todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete”.³⁵ O autor não está com isso a negar a importância da atividade interpretativa no estrito senso da palavra,³⁶ ou seja, a “atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma”,³⁷ operada pelos intérpretes “corporativos”, dotados pelo Estado do poder-dever de dizer o direito. O que Häberle postula é o reconhecimento da existência paralela e/ou anterior³⁸ de uma interpretação operada em sentido lato, decorrente do

elastecimento do círculo de participantes do processo de interpretação pluralista.

Com efeito, a hermenêutica constitucional da sociedade aberta propugna que os cidadãos, os grupos de interesse, os órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública - enfim, todas as potências públicas que são partícipes do processo social - atuem como pré-intérpretes da Constituição, pois “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”.³⁹

Portanto, o método hermenêutico da Constituição aberta é tributário de uma concepção *radicalmente* democrática de interpretação constitucional, ao postular que seja reconhecida e legitimada a “abertura” do processo hermenêutico aos influxos sociais, admitindo-se (e, em certa medida, até incentivando-se!) as influências exercidas pelo meio social envolvente, no sentido de se formar uma pré-compreensão constitucional, com base na qual se torna possível desenvolver uma hermenêutica flexível, democrática, plural e, sobretudo, sensível às variações e mudanças perpetradas pelo tempo.

O alerta que se impõe, contudo, é que o emprego deste método pode vir a resultar em um perigoso afrouxamento da normatividade constitucional. É que, no afã de “conciliar o Direito com a Sociedade, a Constituição com a realidade, a norma com o fato”, esta teoria - caso levada às últimas conseqüências - poderia se prestar a imprimir uma aparência de racionalidade a certos anseios reformistas que, sob os auspícios da “modernidade”, do “dinamismo” e da “renovação”, impõem alterações constitucionais que dizem respeito muito mais de perto às vicissitudes dos interesses de maiorias contingenciais, do que propriamente aos legítimos anseios da sociedade plural e democrática - como desejaria Häberle.⁴⁰

4.4 A Constituição como um sistema aberto de regras e princípios de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho

CANOTILHO compreende a Constituição como um “sistema aberto”, pautado em uma estrutura dialógica, no qual as normas constitucionais funcionam como uma espécie de vasos comunicantes, cuja capacidade de aprendizagem as habilita a captar as mudanças na realidade, abrindo-se “às concepções cambiantes da verdade e da justiça.”⁴¹

Na esteira de ALEXY e DWORKIN, CANOTILHO entende como superada a concepção adotada tradicionalmente pela doutrina, estruturada na clássica dicotomia: “normas” x “princípios”. Em CANOTILHO, abandona-se esta noção, em favor de uma estrutura tricotômica, a partir da qual se postula que as regras e os princípios são espécies do gênero normas.⁴²

Admitindo, desde logo, a particular complexidade de se estabelecer uma distinção precisa entre regras e princípios, sugere alguns critérios apontados pela doutrina:

(i) de acordo com o *grau de abstração* (os princípios são normas com maior grau de abstração e menor grau de densidade, ao revés, as regras são normas de conteúdo mais denso e menos abstrato);

(ii) de acordo com o *grau de determinabilidade* na aplicação ao caso concreto (os princípios, por serem mais vagos e indeterminados, precisam de mediações concretizadoras, ao passo que as regras são suscetíveis de aplicação direta);

(iii) de acordo com o *grau de fundamentalidade* no âmbito das fontes de direito (os princípios são normas de natureza fundamental devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou ao seu papel estruturante dentro do sistema jurídico);

(iv) de acordo com a *proximidade da idéia de direito* (os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas comum conteúdo meramente funcional);

(v) de acordo com a *natureza nomogenética* (os princípios são fundamentos de regras, seja porque estão em sua base, seja porque constituem a sua *ratio legis*, desempenhando, portanto, uma “função normogenética fundamentante”).⁴³

Prosegue CANOTILHO lecionando que os princípios se notabilizam pelo seu caráter multifuncional: tanto podem desempenhar uma função argumentativa, na qualidade de *ratio legis* de uma (ou várias) regras; como podem constituir-se em verdadeiras normas de conduta, distintas das demais, cujo conteúdo não se revela através das demais normas jurídicas.

Os princípios se peculiarizam, ainda, por se tratarem de normas jurídicas que traduzem (impõem) um “mandado de otimização”, compatibilizando-se com diferentes graus de concretização. As regras, por seu turno, são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (obrigam, permitem ou proíbem) que é, ou não, cumprida.⁴⁴

Como os princípios se constituem em “mandados de otimização”, há espaço para um balanceamento de valores e interesses, de acordo com o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. As regras, por sua vez, não são conflituais, são antinômicas; obedecem à “lógica do tudo ou nada”, pois não coexistem, excluem-se. O sistema só lhes reserva duas alternativas: ou são válidas, ou não o são.⁴⁵

Em suma: enquanto o conflito entre princípios pode ser objeto de ponderação e de harmonização, por se tratarem de “exigências” ou “standards” que, em primeira linha (*prima facie*) devem ser realizados; o conflito entre regras se resolve por exclusão daquela que se reputa inválida, já que as regras dizem respeito a “fixações normativas definitivas”, não sendo admissível a validade simultânea de regras contraditórias.⁴⁶

A compreensão da constituição enquanto sistema aberto de regras e princípios é exigência metodológica de um “constitucionalismo adequado”. CANOTILHO postula que ambas as espécies de normas mostram-se igualmente imprescindíveis a uma operacionalidade adequada do sistema jurídico, pois: a) um sistema jurídico dotado exclusivamente de regras exigiria um disciplinamento legislativo completo e exaustivo (legalismo) do mundo da vida, que conduziria a um “sistema de segurança”, porém desprovido de oxigenação e abertura para a complementação e desenvolvimento do sistema; b) em sentido inverso, um sistema dotado exclusivamente de princípios, conduziria à incerteza jurídica, em decorrência de seu alto grau de indeterminabilidade e de abstração, o qual, em face à inexistência de regras precisas, levaria seguramente a uma tendencial incapacidade do sistema de reduzir a complexidade de seus próprios problemas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos estreitos limites deste trabalho, não houve qualquer pretensão de se esquadriñar todas as suas possibilidades teóricas. Até porque um tal desiderato revelar-se-ia esforço inútil, dada a própria complexidade e amplitude do tema.

Buscou-se, na verdade, pontuar algumas das leituras constitucionais que se afiguram mais consoantes com a construção de uma dogmática principialista, emancipatória e dignificante da pessoa humana.

Ao invés de uma dogmática “prisioneira da razão do Estado, onde o cidadão é *accessório*, e os direitos fundamentais, *concessão*”,⁴⁷ o presente estudo revela-se tributário de uma Constituição normativa, cujas prescrições têm força de lei, de modo a vincular os poderes públicos (e os particulares!),

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: ed. Almedina, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: ed. Malheiros, 2000.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: ed. RT, 1999.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. 2000. (Tese de Doutorado da Universidade Federal do Paraná, Curitiba).
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição)*. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: ed. Liber Juris, 1988.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: ed. Coimbra, 2000.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional: construindo uma nova dogmática*.

¹ A expressão é utilizada por CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: ed. Almedina, 1991, p.59.

² Em contraposição à constituição dita “costumeira”.

³ Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery a Constituição rígida é definida como “aquela cuja supremacia decorre da forma ou modo de elaboração de suas normas, quando a sua criação ou alteração segue um processo mais difícil e complexo do que o previsto para as normas de nível inferior, o que acarreta a sua maior estabilidade, já que é mais fácil mudar a legislação que lhe é subordinada do que alterar qualquer de suas normas.” Cf. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. 2000. (Tese de Doutorado da Universidade Federal do Paraná, Curitiba), p.49.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: ed. Coimbra, 2000, tomo II, p.10.

⁵ *Id. ibidem*, p.11.

⁶ Cf. FERRARI, *op. cit.*, p. 46.

⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: ed. RT, 1999, p.88.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: ed. Malheiros, 2000, p.64-65.

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p.17-19.

¹¹ *Id. ibidem*, p.19-20.

¹² De acordo com as anotações de Canotilho, *op. cit.* p.20, “A fórmula plástica ‘direito constitucional concretizado’ foi utilizada por F. WERNER para aludir à ideia da determinação do direito administrativo pelo direito constitucional”.

¹³ *Loc. cit.*

¹⁴ Situadas no vértice da pirâmide-normativa, as normas constitucionais apresentam, em geral, um grau maior de “abertura”, o que possibilita ao legislador ordinário e/ou ao julgador mais liberdade de conformação ao proceder à sua “densificação” (= concretização, aplicação, interpretação-criação). Cf. CANOTILHO, *op. cit.*, p.147.

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ FERRARI, *op. cit.*, p.24.

¹⁷ Esta sempre foi uma preocupação constante nas colocações manifestadas pelo Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève, em sala de aula, junto aos alunos do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

¹⁸ Cf. prefácio de Aurélio Wander Bastos à obra de LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: ed. Liber Juris, 1988, p.5.

¹⁹ LASSALE, *op. cit.*, 37.

²⁰ Referindo-se ao pensamento de Lassale: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 1999, p.68.

²¹ *Loc. cit.*

²² LASSALE, *op. cit.*, p. 47.

²³ *Id. ibidem*, p.59-60.

²⁴ *Id. ibidem*, p.67.

²⁵ Cf. anota SCHIER, *op. cit.*, p. 69.

²⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 1991, p.5.

²⁷ *Id. ibidem*, p.13.

²⁸ *Id. ibidem*, p. 14.

²⁹ *Id. ibidem*, p. 14-15.

³⁰ *Id. ibidem*, p.15

³¹ *Id. ibidem*, p.14-15.

³² *Id. ibidem*, p. 16-18.

³³ *Id. ibidem*, p. 19.

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ Cf. prefácio de Gilmar Ferreira Mendes à edição por ele traduzida da obra de Peter Häberle. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição)*. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 1997, p. 09.

³⁶ Cf. HÄBERLE, *op. cit.*, p.24.

³⁷ *Id. Ibidem*, p.14.

³⁸ *Id. Ibidem*, p.25.

³⁹ *Id. Ibidem*, p. 13.

⁴⁰ Em sentido convergente, BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p.470-473.

⁴¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p.171.

⁴² *Id. Ibidem*, p. 172.

⁴³ *Id. Ibidem*, p.172-173.

⁴⁴ *Id. Ibidem*, p.173.

⁴⁵ *Id. Ibidem*, p.174.

⁴⁶ *Loc. cit.*

⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin, em prefácio à obra de SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ABSTRACT

The article sketches some discussions on the notion of Constitution, fostering a relationship between classic and contemporary references on the issue, in order to demonstrate the flexibility of an idea that is in itself a result of a political choice.

KEYWORDS

Constitution. Conception. Supremacy. Normativity. Constitutional interpretation.

MANICÔMIOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ESTUDOS PRELIMINARES À LUZ DO DIREITO E DA BIOÉTICA

*Flávio José Moreira Gonçalves**

“Digam de mim tudo quanto queiram (pois não ignoro como difamam a loucura até os que mais são loucos), eu, eu somente é que, pela minha influência divina, mergulho na alegria deuses e homens.”¹

“Privilégio absoluto da loucura: ela reina sobre tudo o que há de mau no homem. Mas não reina também, indiferentemente, sobre todo o bem que ele possa fazer? Sobre a ambição que faz os sábios políticos, sobre a avareza que faz crescer as riquezas, sobre a indiscreta curiosidade que anima os filósofos e cientistas?”²

1 Apresentação do problema. 2 Breve histórico da loucura e de seu tratamento. 3 Casos problemáticos. 4 Os princípios da Bioética e a legislação vigente. 5 Aplicação dos princípios da Bioética à Psiquiatria. 6 Conclusões. Referências Bibliográficas.

RESUMO

Breve história da loucura e de seu tratamento. Manicômios e hospitais psiquiátricos. Princípio da dignidade da pessoa humana e direitos dos portadores de sofrimento psíquico. Análise da situação à luz da legislação brasileira vigente e dos princípios da bioética. Discussão sobre as possibilidades de aplicação dos princípios da bioética à psiquiatria. Necessidade de legislação protetiva específica e, sobretudo da fiscalização de seu cumprimento por conselhos sociais e pelo Ministério Público a fim de garantir-lhe a eficácia.

PALAVRAS-CHAVE

Portadores de sofrimento psíquico. História da Loucura. Manicômios. Hospitais Psiquiátricos. Princípios da Bioética e do Direito. Psiquiatria e Antipsiquiatria. Legislação. Eficácia.

* Mestre em Direito (UFC) e Mestrando em Filosofia (UECE), Professor da Faculdade Christus, da Universidade Federal do Ceará (UFC), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Faculdade Integrada do Ceará (FIC).

1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Em 1971, surgiu nos EUA o conceito para um novo campo de investigações, que passou a ser denominado bioética.

Fruto dos avanços tecnológicos na área da ciência médica que possibilitaram enormes progressos na preservação da vida e da saúde humanas, a bioética teve de se ocupar paulatinamente dos mais variados problemas: desde a acessibilidade aos avanços da medicina, nem sempre à disposição em quantidade suficiente para todos os que deles necessitavam, implicando a necessidade do estabelecimento de critérios éticos para nortear as escolhas e dos valores que deveriam orientá-los, até os casos advindos da possibilidade de manipulação de embriões e criação de organismos geneticamente modificados.

Conforme a definição que se celebrizou, a bioética pode ser caracterizada como o “estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais”³.

Há de ressaltar-se, antes de tudo, que a pessoa humana é o valor fundamental e tema central para a bioética, sendo em nossa ordem jurídica também objeto de proteção constitucional, razão pela qual vemos juridicamente consagrado o *princípio da dignidade da pessoa humana* (Constituição Federal, art. 1º, III).

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), estabelece em seu artigo V que “ninguém será submetido a tortura ou castigo cruel, desumano ou degradante”, princípio que foi literalmente reproduzido em nossa Constituição Federal (art. 5º, III).

Entretanto, apesar dos avanços na área da medicina e da tecnologia que deveriam garantir a saúde, a incolumidade e a vida de todos os seres humanos, ainda existem instituições que se encontram muito aquém de tais princípios, cujos pacientes são duplamente violados em seus direitos. Por um lado, sofrem o estigma e o preconceito social devido à sua condição de portadores de doença mental. Por outro, ao invés de receberem um tratamento digno e adequado como os demais doentes, ou são vítimas de terapias nada consentâneas com a dignidade humana ou são mantidos reclusos e até castigados, em clara violação aos seus direitos individuais.

Refiro-me, neste caso, aos manicômios e hospitais psiquiátricos.

Apesar da luta antimanicomial e da existência de vários setores da sociedade, incluindo psiquiatras e psicólogos, favoráveis ao fim do tratamento nada consentâneo com a dignidade da pessoa humana dado por manicômios, hospícios e hospitais psiquiátricos aos seus pacientes, interesses poderosos parecem estar por trás destas instituições, visando mantê-las funcionando a qualquer custo.

A organização não-governamental (ONG) *Manicômios Nunca Mais* denuncia constantemente o que chama de “horror dos hospitais psiquiátricos”, ressaltando que muitas vezes estes foram instrumentos dos quais se serviram os regimes de exceção “para prender, torturar e fazer desaparecer os que lutavam em defesa da liberdade e da justiça”. Esta mesma ONG denuncia ainda os escusos convênios pelos quais estas instituições recebem fortunas dos governos e indústrias farmacêuticas⁴.

Diante deste quadro, nada mais legítimo que suscitar a questão, elevando-a ao patamar de preocupações filosóficas dos estudiosos da bioética, para analisá-la à luz dos princípios desta disciplina, confrontados com a legislação vigente.

2 BREVE HISTÓRICO DA LOUCURA E DE SEU TRATAMENTO

Sabemos atualmente que os conceitos de normalidade e anormalidade foram e são, como tantos outros, conceitos históricos. Ações que em determinada época e local foram consideradas anormais, isto é, fora dos padrões, em outras foram consideradas perfeitamente normais e até estimuladas, o que pôde ser melhor observado a partir dos estudos de antropólogos em sociedades ágrafas não ocidentais

O costume esquimó de oferecer a esposa para dormir com um visitante, a poliandria, o canibalismo ritual, são exemplos que levam-nos a concluir que o que no Ocidente consideramos como um conjunto de fatores patológicos, em sociedades diferentes da nossa é, pelo contrário, considerado perfeitamente normal.⁵

Isto torna possível traçar uma história da loucura, demonstrando a maleabilidade deste conceito, sua real e profunda historicidade. Como assinala Roger Bastide, “o normal é o que está conforme a norma e o patológico é o desvio da norma”⁶. É importante observar que doentes mentais sempre existiram, mas a sociedade nem sempre os submeteu à necessidade de tratamento e correção de comportamento.

Foi, no entanto, a partir do racionalismo, com a valorização das luzes da razão, que ganhou corpo a concepção segundo a qual a loucura não era uma doença como as outras e, assim como a doença venérea, deveria ser tratada com o internamento. Isolados, os pecados contra a carne (doenças venéreas) e as faltas contra a razão (doenças mentais) poderiam receber o tratamento “adequado”, como aliás relata Michel Foucault (1926-1984).

Somente no final do século XVIII o médico francês Philippe Pinel (1745-1826) caracterizaria a loucura como doença mental⁷, procurando afastar crenças e superstições que dificultavam a sua abordagem clínica e enfatizando a necessidade de humanizar o tratamento dado aos doentes. Até então, os

doentes mentais viviam acorrentados e eram constantemente submetidos a práticas como os vômitos, as sangrias e os purgantes.

Seguindo as trilhas deixadas por Foucault, em sua célebre obra *História da Loucura na Idade Clássica*, podemos perceber ser muito

estranho que tenha sido justamente o racionalismo quem autorizou essa confusão entre o castigo e o remédio, esta quase-identidade entre o gesto que pune e o gesto que cura. Ele supõe um certo tratamento que, na articulação precisa entre a medicina e a moral, será ao mesmo tempo uma antecipação sobre os castigos eternos e um esforço na direção do restabelecimento da saúde. O que se procura no fundo é a artimanha da razão médica que faz o bem ao fazer o mal.

A concepção mecanicista de mundo, produto do racionalismo, trouxe consigo a crença na possibilidade de representação do homem como uma máquina, um mecanismo no qual seria possível ajustar determinadas peças, ainda que fosse com o uso da força, para que o corpo-máquina do homem voltasse a funcionar normalmente. É a visão mais cruel e até dantesca do homem.

A internação é uma criação institucional própria ao século XVII (...). O internamento seria, assim a eliminação espontânea dos “a-sociais”; a era clássica teria neutralizado, com segura eficácia – tanto mais segura quanto cega – aqueles que, não sem hesitação, nem perigo, distribuímos entre as prisões, casas de correção, hospitais psiquiátricos ou gabinetes de psicanalistas

Não é à toa que o louco, o anormal passa a ser visto ainda hoje pelo senso comum como alguém que “tem um parafuso a menos ou por apertar”. É a visão mecanicista predominante na ciência, invadindo as esperas da linguagem popular, penetrando o inconsciente coletivo e mergulhando suas raízes no conhecimento vulgar.

No Brasil, data de 1830 o primeiro documento reconhecendo a loucura como doença, assinado por José Martins da Cruz Jobim (1802-1878), um dos primeiros a lecionar medicina legal em nossa pátria. Somente em 1902, Juliano Moreira (1873-1933) reformaria de maneira radical o tratamento dado aos doentes mentais em nosso país, empenhando-se na aprovação da primeira lei de assistência aos doentes mentais (1903), regulamentada apenas em 1904.

Entretanto, apesar dos avanços históricos aqui e alhures, tratamentos degradantes da condição humana eram e são bastante conhecidos dos estudiosos do assunto. Tais métodos acham-se registrados nos anais da medicina psiquiátrica. Estão entre eles a lobotomia, que pode ser descrita do seguinte modo:

Lobotomia, em medicina, destruição ou extirpação dos lóbulos pré-frontais do córtex cerebral. Foi introduzida como uma técnica para controlar a conduta agressiva ou violenta. Com este procedimento, os pacientes transformam-se em indivíduos inertes e desprovidos de toda a iniciativa.¹⁰

Os avanços no tratamento científico dado às doenças mentais ocorrido no século XIX, advindos de sua explicação psicológica e não apenas fisiológica, sobretudo após o surgimento da psicanálise, com Sigmund Freud (1856-1939), não impediram que ainda hoje subsistam tratamentos que violam direitos fundamentais dos pacientes e, mesmo que estes não mais sejam submetidos a lobotomia, continuam sendo tratados de maneira desumana e degradante pelos donos de manicômios e hospitais psiquiátricos, os quais muitas vezes recebem vultosos repasses do poder público, sem falar no significativo estímulo da indústria de medicamentos, interessada em repassar as drogas mais novas produzidas pelo mercado de psicofármacos.

Porém, na década de sessenta do século passado, surgiu o importante movimento da antipsiquiatria, que propunha formas mais humanizadas de tratamento da doença mental, denunciando as causas muitas vezes familiares e sociais deste fenômeno:

Os defensores da antipsiquiatria, como Ronald D. Laing, se opõem às teorias que limitam a origem da psicose a causas somáticas. Eles acreditam que é necessário prestar mais atenção às influências nocivas que a sociedade e a família exercem sobre o doente. Laing afirmou em sua obra *Saúde mental, loucura e família* (1964) que as causas da esquizofrenia se encontram nas relações familiares deterioradas. Muitos representantes da antipsiquiatria se opõem, de modo geral, à existência dos hospitais psiquiátricos, já que, segundo eles, o doente mental deve ficar em contato com a sociedade. Esta teoria teve muita influência na Itália, país que, em 1978, decretou o fechamento de todas as clínicas psiquiátricas, apesar de algumas delas continuarem funcionando até hoje. De acordo com o modelo italiano, os doentes devem ser tratados por suas famílias ou em hospitais públicos. No entanto, segundo a maioria dos médicos e psiquiatras, esta situação, na prática, é prejudicial. Ainda que a antipsiquiatria tenha servido, em muitos casos, como fundamento eficaz para a psicopatologia, ela fracassou. Tanto as famílias dos doentes quanto os funcionários dos hospitais públicos reclamam do esforço exigido para cuidar de um doente mental. Apesar disto, na Itália, ainda se exige o fechamento das últimas clínicas psiquiátricas existentes.

3 CASOS PROBLEMÁTICOS

A psiquiatria muitas vezes foi utilizada como instrumento de controle social.

Todos conhecem o anedotário popular e como a figura do doente mental aparece em tais estórias, mas conhecem também casos de pessoas reais de renome nacional e até internacional, vivas e mortas, que foram em dado momento apontadas como loucas ou portadoras de distúrbios mentais, internadas, submetidas a tratamentos nada agradáveis e que acabaram por se destacar em suas respectivas áreas, produzindo ciência, filosofia, literatura, arte e cultura em geral.

João A. Frayze Pereira, do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo (USP), em artigo sobre o tema ressalta:

Assim é que Foucault faz referência à “fulguração” de pensadores, poetas e artistas como Nietzsche, Artaud, Hölderlin, Nerval, Goya, Van Gogh que, de uma certa maneira, escaparam do “gigantesco aprisionamento moral” que engolia os homens e o mundo e entreviram uma experiência fundamental da loucura para além dos limites da sociedade

O caso Paulo Coelho não é o único. Incompreendido pelos pais, que resolveram interná-lo por três vezes em um manicômio como louco, acabaria por tornar-se o escritor brasileiro mais traduzido e lido no mundo, recentemente eleito membro da Academia Brasileira de Letras. No livro *Veronika Decide Morrer* (1998), relata um pouco a sua experiência em forma de romance, tendo declarado em entrevista:

Todas as pessoas que ousam fugir dos padrões vigentes, das normas espirituais, sexuais, políticas, são sempre olhadas com certo temor pela sociedade, que tenta sempre reintegrá-las ao *status quo* e domesticá-las. Entre as grandes ousadias de hoje está o esforço, cada vez mais intenso, para integrar a busca espiritual com o desejo de realização pessoal. Há uma ligação, não muito clara, é verdade, entre as duas coisas. Esse espírito de insurreição contra os padrões vigentes é muito comum entre os jovens. Mas depois, quando eles envelhecem, passam a temer o desconhecido e aí, ou entram para a universidade, para instituições mais estabelecidas, buscando o alívio do saber competente, ou caem no extremo oposto e se apegam aos dogmas, às seitas, o que é igualmente uma falsa solução¹³.

Lendo a biografia de Lima Barreto (1881-1922), podemos perceber também que o escritor brasileiro

em 1914, foi internado pela primeira vez no Hospício Nacional, por alcoolismo, sendo aposentado através de decreto presidencial. Foi preterido nas promoções da Secretaria de Guerra por sua participação, como jurado, no julgamento dos acusados no episódio denominado «Primavera de Sangue» (1910), que condenou os militares envolvidos no assassinato de uma estudante. Em 1919, esteve pela segunda vez internado no hospício.

Candidatou-se duas vezes a membro da Academia Brasileira de Letras; na primeira vez, seu pedido não foi considerado; na segunda, não conseguiu ser eleito. Posteriormente recebeu menção honrosa desta Academia.

Como se não bastasse o problema do estigma social existente em relação às Pessoas Portadoras de Sofrimento Psíquico (PPSP), a internação representa uma dificuldade a mais na vida dessas pessoas que, percebendo ou não, acabam enfrentando sérios problemas de reinserção social pós-internamento.

Outros casos de internamento nas ditaduras militares no Brasil e no mundo sempre ocorreram, a fim de segregar os contrários ao regime.

Casos de interdição indevida com fins fraudulentos e pecuniários, de internamento para beneficiar-se de alegada inimputabilidade e casos de internamento apenas para fins previdenciários também são ainda, lamentavelmente, muito comuns em nossa sociedade, tendo já respeitáveis pesquisas constatando que

a grande maioria de indivíduos (de baixa renda) que procura o psiquiatra o faz para ficarem hospitalizados, assumindo a identidade de louco como condição para permanecerem em tratamento hospitalar (...) Moram em subúrbios da cidade, em barracos de taipa e chão batido e com apenas dois compartimentos, onde amontoa-se uma família inteira (...) O único patrimônio dessas pessoas é ser previdenciários e assim manipulam os mecanismos de concessão de licença do INAMPS como estratégia de sobrevivência (...) A hospitalização é a única saída que têm para conseguir a licença-saúde do INAMPS.

4 OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E A LEGISLAÇÃO VIGENTE

Atualmente, encontra-se em vigor no Brasil a Lei nº 10.216, de 06/04/2001, que estipula normas acerca do procedimento exigido para a internação, que pode ocorrer de três maneiras (compulsória, voluntária, involuntária), dispondo ainda acerca dos direitos dos portadores de transtornos mentais e determinando que os familiares ou responsáveis pelo paciente sejam informados acerca de tais direitos:

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

- II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
- IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
- V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
- VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
- VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
- IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Há ainda nesta lei uma série de exigências para que ocorra a internação hospitalar, seja ela *voluntária*, *involuntária* ou *compulsória*, exigindo laudo médico circunstanciado em qualquer das hipóteses (art. 6º, Lei 10.216/01), ocorra ela com o consentimento do paciente (internação voluntária), sem o seu consentimento (internação involuntária) ou por determinação judicial (internação compulsória). Neste laudo, devem constar claramente os motivos da internação.

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

A internação, porém, não deve ser um fim em si mesmo. O tratamento dado ao portador de transtorno mental caracterizado pela internação, pelo que se observa da legislação vigente, deve ser apenas um meio utilizado para que este possa obter a reinserção social.

Regida pelo princípio da assistência integral, a lei não admite a internação de pacientes em instituições que não possam fornecer os serviços necessários para garanti-la, mudando assim o conceito tradicional de atendimento ao portador de doença mental, que passa a gozar da proteção que a legislação infraconstitucional lhe concede para garantia de sua dignidade.

5 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA À PSIQUIATRIA

Para a teoria principialista, seria possível resolver os conflitos morais suscitados pela bioética, recorrendo-se aos seguintes princípios: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça.

Os autores da área costumam citar estes mesmos princípios, ressaltando que há sérias ressalvas quanto ao alcance e aplicação do princípio da autonomia em alguns casos, procurando diferenciar inicialmente autonomia e respeito à autonomia dos indivíduos:

As pessoas tradicionalmente consideradas dependentes e, muitas vezes, vulneráveis, como as crianças, os deficientes mentais, os idosos e mesmo os pacientes dentro de uma hierarquia rígida e de estruturas fechadas dos serviços de saúde, devem ter sua integridade e desejos protegidos, muito embora não sejam capazes de exercer plenamente a autonomia.¹⁶

Portanto, a relativa autonomia das pessoas portadoras de sofrimento psíquico não impossibilita que estas sejam submetidas a um tratamento mais humano, com modernas técnicas de recuperação que possibilitem o desenvolvimento pleno de suas potencialidades.

O fato é que a capacidade de agir livremente de certos grupos, ou mesmo de indivíduos vulneráveis, é proporcional ao respeito à autonomia das pessoas que as “protegem”, sejam elas os cuidadores ou os profissionais de saúde.

No que concerne às pessoas portadoras de sofrimento psíquico, é preciso que os profissionais da área tenham também plena autonomia para utilizar-se de métodos alternativos de tratamento, que respeitem não apenas a relativa autonomia do paciente, mas também os demais princípios da bioética.

Há de se ressaltar aqui a prática de tratamento inovadora da alagoana Nise da Silveira¹⁸ (1906-1999). Utilizando a expressão artística livre como instrumento de humanização no tratamento do doente mental, veio substituir todas as formas arcaicas e agressivas de tratamento, como internação, eletrochoque, insulino-terapia e lobotomia. Suas práticas terapêuticas caracterizavam-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana e ganharam reconhecimento internacional, além de serem mais consentâneas com os princípios da bioética.

6 CONCLUSÕES

Como ressaltam as fontes pesquisadas para a elaboração deste trabalho:

O tratamento das doenças mentais vem se modificando nas últimas décadas. Os novos métodos e medicamentos permitiram que os pacientes, tradicionalmente internos num manicômio, sejam, hoje, tratados em clínicas sem a necessidade de serem internados. Tudo indica que a perturbação do comportamento dos pacientes deve-se¹⁹ mais à sua reclusão num manicômio do que à própria doença.

Apesar da existência da Lei n. 10.216, de 06/04/2001, torna-se indispensável e necessária a criação de uma legislação específica que venha tutelar efetivamente e garantir os direitos fundamentais dos portadores de doenças mentais, a exemplo daquela que existe destinada a proteger outros grupos sociais vulneráveis (Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso etc).

Sem esta legislação e a existência de instrumentos de fiscalização social (conselhos) que ajudem a efetivá-la, continuaremos fingindo hipocritamente não conhecer a situação de sofrimento ampliado e exclusão a que se sujeitam os portadores de distúrbios mentais, muitos deles constituindo os mais discriminados entre os discriminados, os mais excluídos entre os excluídos, vítimas de uma sociedade que não sabe conviver com as diferenças, tolerar o que foge aos seus padrões e curar sem necessariamente castigar.

O respeito aos princípios da bioética (*autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça*) no tratamento dado às pessoas portadoras de sofrimento psíquico, independente da existência ou não de legislação que as proteja, poderia ser o indício de que a sociedade atingiu certa maturidade, aprendendo a relacionar-se com o diferente sem ter de estigmatizá-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTIDE, Roger. *Sociologia e Doença Mental*. Lisboa: Publicações Europa/América, 1965.

DINIZ, Débora. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

Enciclopédia Microsoft® Encarta®. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Todos os direitos reservados.

FERREIRA, Simone Simões. Enlouquecer para Sobreviver: manipulação de uma identidade estigmatizada como estratégia de sobrevivência, *Revista de Psicologia*, 2(2), Universidade Federal do Ceará (UFC), 1984.

FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1991.

FRAYZE-PEREIRA, João A. O desvio do olhar: dos asilos aos museus de arte. *Psicol. USP*. [online]. 1999, v.10, n.2

PESSINI, Leo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*, 6ª ed. São Paulo: Loyola, 1995.

ROTERDÃ, Erasmo de. *Elogio da Loucura*. trad. Aldo Della Nina. São Paulo: Brasil Editora S/A, s.d.

¹ ROTHERDÃ, Erasmo de. *Elogio da Loucura*. trad. Aldo Della Nina. São Paulo: Brasil Editora S/A, s.d., p. 17.

² FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 23.

³ REICH, W. T. *Encyclopedia of Bioethics* apud PESSINI, Leo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 1995.

⁴ 18 de Maio: Dia Nacional da Luta Antimanicomial: diga não aos hospitais psiquiátricos, Coordenação Geral ONG *Manicômios Nunca Mais*, vários organizadores, Apoio: Sindicato dos Bancários do Ceará – CUT/CE, mimeo, s.d.

⁵ FERREIRA, Simone Simões. Enlouquecer para Sobreviver: manipulação de uma identidade estigmatizada como estratégia de sobrevivência. *Revista de Psicologia*, 2(2), Universidade Federal do Ceará (UFC), 1984, p. 50

⁶ BASTIDE, Roger. *Sociologia e Doença Mental*. Lisboa: Publicações Europa/América, 1965, p. 74.

⁷ As obras mais significativas de Pinel, *Nosografia Filosófica e Tratado Médico-filosófico sobre a Alienação Mental* datam de 1798 e 1801, respectivamente e são consideradas verdadeiros marcos revolucionários nas concepções psiquiátricas

⁸ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 87.

⁹ *Id. Ibidem.*, p. 77-8.

¹⁰ “Lobotomia,” *Enciclopédia® Microsoft® Encarta*. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Todos os direitos reservados.

¹¹ “Antipsiquiatria,” *Enciclopédia Microsoft® Encarta®*. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Todos os direitos reservados.

¹² FRAYZE-PEREIRA, João A. *O desvio do olhar: dos asilos aos museus de arte*. *Psicol. USP*. [online]. 1999, v.10, n.2 [citado 04 Julho 2004], p.47-58. Disponível na internet: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65641999000200004&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0103-6564.

¹³ <http://www.paulocoelho.com.br/port/escpas.shtml>.

¹⁴ http://www.cervantesvirtual.com/porta/FBN/biografias/lima_barreto/index.shtml

¹⁵ FERREIRA, Simone Simões. Enlouquecer para Sobreviver: manipulação de uma identidade estigmatizada como estratégia de sobrevivência. *Revista de Psicologia*, 2(2), Universidade Federal do Ceará (UFC), 1984, p. 45-46.

¹⁶ DINIZ, Débora. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 29.

¹⁷ *Id. Ibidem.*, p. 30.

¹⁸ Para Nise da Silveira, que inovou no tratamento dado aos doentes mentais no Brasil, “é melhor ser um lobo magro, mas solto, que um cachorro gordo na coleira”. Esta profissional, valeu-se das artes (pintura, desenho e modelagem) para humanizar o tratamento dado aos pacientes portadores de sofrimento psíquico

¹⁹ “Saúde mental,” *Enciclopédia® Microsoft® Encarta*. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Todos os direitos reservados.

ABSTRACT

Brief history of insanity and related treatments. Special institutions and mental facilities. Principle of human dignity and rights of people with mental illnesses. Analysis of the situation presented according to Brazilian law and bioethics principles. Discussion on the possibilities of using bioethics principles in psychiatry. Need of specific legal instruments for protecting people with mental derangements and, above all, of effective control of law enforcement by the so-called social councils and the prosecutors in order to assure effectiveness.

KEYWORDS

People with mental illnesses. Rights. History of insanity. Special Institutions and Mental Facilities. Principles of Bioethics and of Law. Psychiatry and Anti-psychiatry. Legislation. Efficacy.

A NOVA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45, DE 08/12/2004

*Francisco Gérson Marques de Lima**

1 Propedêutica. 2 Principais modificações imprimidas pela EC 45/2004. 3 Aspectos gerais da Justiça do Trabalho, segundo a EC 45/2004. 4 Competência da Justiça do Trabalho (EC 45/2004). 5 Aplicação imediata da EC 45/2004. 6 Conclusões. Referências Bibliográficas.

RESUMO

A Emenda Constitucional n. 45/2004 aumentou a competência da Justiça do Trabalho, que passou a ser encarregada de processar, ordinariamente, todos os litígios decorrentes da relação de trabalho, seja ela pública ou privada. Tal alteração exigirá mudança na postura dos juízes do trabalho e nova reciclagem de direito civil, administrativo, processual e constitucional. De conseqüência, também as atribuições do Ministério Público do Trabalho foram sensivelmente elasticadas.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça do Trabalho. Mudança de competência. Relação de Trabalho. Processo do Trabalho. Servidor público.

1 PROPEDÊUTICA

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, implementou-se parte da Reforma do Poder Judiciário brasileiro, o qual, de fato, precisava urgentemente ser repensado, por razões várias que este breve estudo não permite analisar.

Mas a Reforma mencionada não veio em sua inteireza, embora pontos essenciais tenham sido mexidos. Pelo menos duas outras relevantes situações se encontram em curso, sem esquecer que, no âmbito infraconstitucional, vários Projetos de Lei (PL) tramitam pelas Casas do Legislativo federal. Uma destas relevantes situações consiste em partes da PEC da Reforma do Judiciário que ainda serão submetidas à Câmara dos Deputados, eis que a ela retornaram por questões regimentais. A outra diz respeito a alterações mais polêmicas e que ainda amadurecem nas discussões da Câmara. Tendo optado por dividir a Refor-

* Doutor em Direito Constitucional. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Christus. Professor do Mestrado em Direito da UFC. Procurador Regional do Trabalho na PRT-7ª Região (CE). Membro fundador da Academia Cearense de Direito do Trabalho.

ma do Judiciário em “partes”, o constituinte aprovou de logo o que era menos polêmico. Talvez, por outro lado, tenha-o feito com o objetivo de dar imediata satisfação internacional da atuação do Governo vigente. Isto é sentido pela forma atabalhoada como se aprovou a EC 45, no dia 08/12/2004, às pressas, para não se perder o propício Dia da Justiça, quando já convidadas autoridades ilustres e exponenciais do Poder Público brasileiro e anunciada a Reforma para os organismos internacionais. Houve, neste tirocínio, desconsideração de obstáculos formais (*rectius*, exigências do processo legislativo) e pacto de cavalheiros entre os integrantes das duas Casas do Congresso Nacional. Acordos políticos, pactos de tolerância legislativa, compromissos de concertos rápidos... Foi neste ambiente que aflorou a EC 45/2004, suada pelos anos, sofrida e tão esperada.

Entre os temas que retornam à Câmara dos Deputados, porque sua redação foi alterada pelo Senado Federal, estão: proibição ao nepotismo no Judiciário; o estágio probatório de 3 anos para aquisição de vitaliciedade por magistrados e membros do Ministério Público; competência dos Tribunais de Justiça para julgar Prefeitos; alteração na composição do Superior Tribunal Militar (STM); edição de súmula impeditiva de recursos, pelo STJ e TST, etc.

Por enquanto, seguem estas primeiras considerações, que, por serem iniciais, ainda precisam de amadurecimento e maiores discussões, se é que teremos tempo para discuti-las, pois outras alterações provavelmente virão muito em breve, dando continuidade à tal Reforma do Judiciário.

De há muito se sabe da necessidade de reforma do Judiciário, que não consegue prestar eficazmente a tutela jurisdicional, por vários fatores que não nos propomos a analisar no presente estudo. Por fim, houve exigências dos próprios organismos internacionais, com reflexos nos acordos com o FMI, impondo modificações conjunturais, primando por juízes mais céleres e mais técnicos, com menos senso crítico do seu papel social. Nesta conjuntura, havendo um tal de *risco Brasil* e problemas de credibilidade internacional, o país precisava mostrar aos organismos internacionais que atendia à pauta por eles imposta. E, daí, a pressa em promulgar a Reforma do Judiciário ainda em 2004, uma medida que satisfazia à agenda de compromissos internacionais e demonstrava o poder político de aglutinação do governo atual.

Apesar dos altos e baixos (e para a Justiça do Trabalho, foi muito melhor, arrastando consigo o Ministério Público do Trabalho), a mudança legislativa abre espaço para mudança, também, na ideologia, na mentalidade dos juízes, a compreensão de seu papel social e da sua responsabilidade.

Muito da EC 45/2004 é comum a todos os ramos do Judiciário. Mas reservamos este estudo à apreciação da competência da Justiça do Trabalho.

2 PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES IMPRIMIDAS PELA EC 45/2004

Ao todo, a EC 45/2004 alterou 27 artigos da CF, acrescentando-lhe outros três, e incluindo vários parágrafos, incisos e alíneas, além de ter revo-

gado o inciso IV do art. 36, a alínea *h* do inciso I do art. 102, o § 4º do art. 103, os §§ 1º a 3º do art. 111 e o art. 113.

Em termos de amplitude, a EC 45/2004, apesar de denominada de *Emenda da Reforma do Judiciário*, tratou do Judiciário e, também, dos órgãos que compõem o aparelho judiciário brasileiro, atingindo as funções auxiliares, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, bem ainda cuidando da gestão administrativa e orçamentária destes mesmos órgãos. Indo além, cuidou de institutos de direitos humanos, ações de controle de constitucionalidade, intervenção nos Estados e outras matérias inerentes ao Processo Constitucional.

Destacadamente, registramos as alterações de maior impacto:

a) Controle externo do Judiciário, através do Conselho Nacional de Justiça, órgão composto de 15 membros, dos quais 09 oriundos do próprio Judiciário, 02 do Ministério Público, 02 da OAB e 02 cidadãos indicados pelo Congresso Nacional;

b) Controle externo do Ministério Público, através do Conselho Nacional do Ministério Público, órgão composto de 14 membros, dos quais 08 oriundos da própria Instituição, 02 do Poder Judiciário, 02 da OAB e 02 cidadãos indicados pelo Congresso Nacional;

c) ampliação da competência da Justiça do Trabalho, para julgar todas as questões decorrentes da *relação de trabalho*, e não só da relação de emprego, incluídos os servidores públicos civis, celetistas e estatutários, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (v. tópico adiante);

d) composição do TST de 27 Ministros, número este que tinha sido reduzido a 17 pela EC 24/99, em face da extinção da representação classista;

e) extinção dos Tribunais de Alçada, incorporando-os aos Tribunais de Justiça;

f) instituição das escolas nacionais de magistratura e do Ministério Público;

g) criação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho;

h) instituição da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, quando aprovada por voto de 2/3 dos seus membros, em reiteradas decisões em matéria constitucional, obrigando magistrados e autoridades da Administração Pública direta e indireta;

i) exigência de, pelo menos, 03 anos de prática jurídica para concorrer aos cargos de juiz e de membro do Ministério Público;

j) instituição da quarentena para magistrados e membros do Ministério Público – que, ao se aposentarem, não poderão advogar no juízo ou tribunal onde serviram, por três anos;

k) autorização para os tribunais funcionarem de forma descentralizada, bem como instituírem a justiça itinerante, para facilitar o acesso a todas as instâncias da Justiça;

l) exigência inequívoca de publicidade das sessões administrativas dos tribunais, o que requererá intensa fiscalização pelo Ministério Público para que a norma seja, enfim, cumprida;

m) equiparação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a emendas constitucionais, desde que aprovados em 2 turnos, por 3/5 dos votos de deputados e senadores;

n) sujeição do Brasil ao Tribunal Penal Internacional;

o) previsão de que todos os processos, judiciais e administrativos, tenham duração razoável, muito embora o *conceito indeterminado* exigirá ativa participação do intérprete para que obtenha real eficácia;

p) nas hipóteses de grave violação de direitos humanos e visando a assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, o Procurador-Geral da República poderá postular, perante o STJ, em qualquer fase do inquérito ou processo, o deslocamento de competência para a Justiça Federal; e

q) asseguração de autonomia administrativa e financeira às Defensorias Públicas.

Há reações a algumas disposições da Emenda, provenientes de vários setores, no que interesse a cada um. A Justiça Federal, p. ex., opõe-se veementemente à outorga de competência da Justiça do Trabalho para julgar lides envolvendo servidores públicos estatutários. Por trás dos fundamentos jurídicos, está a luta pela reserva de poder, considerando que este tipo de litígio atinge a essência funcional da Administração Pública, vale dizer, do Poder Público. Entre as razões jurídicas apresentadas e a política (dissimulada) renova-se antigo embate, que permeia a luta dos juízes trabalhistas pelo aumento da competência da Justiça do Trabalho e é freqüentemente submetido às Casas do Congresso Nacional, com decisiva participação do Supremo Tribunal Federal.

A perplexidade com que nos deparamos provém de algumas vozes da própria Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho no sentido de interpretar restritivamente a nova disposição constitucional (EC 45/2004), para limitar a competência destas instituições. Na contramão da história, estas vozes tendem, a nosso ver, a incidir no erro de não valorizar uma dura conquista e permitir, mais uma vez, que se restrinja dita competência, tal como sucedeu com o caso dos servidores públicos estatutários, logo após a Lei n. 8.112/90, quando as instituições trabalhistas se amofinaram, deixando que a matéria ficasse com a Justiça Comum (Federal e Estadual).¹

Não é de nosso intuito estimular discórdias, concorrências ou medição de forças entre instituições. Mas é hora de se contemplar a Justiça do

Trabalho e o Ministério Público do Trabalho com competências e atribuições mais efetivas, à altura das demais justiças e ramos do Ministério Público, podendo fazer, no seu âmbito, o mesmo que as instituições assemelhadas fazem, sem dependências. A questão da falta de pessoal não é privilégio da Justiça do Trabalho ou do MPT; todas as outras instituições também enfrentam este mesmo problema. A luta, doravante, deverá ser a de contornar esta dificuldade, ao invés de fugir dela.

Daí, segue a nossa contribuição doutrinária, nestas primeiras considerações, expendidas na efervescência da EC 45/2004, que desafia vasta interpretação e estimula acirrado debate, como é natural, aliás, nas democracias, especialmente ante assunto tão relevante.

3 ASPECTOS GERAIS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, SEGUNDO A EC 45/2004

As alterações imprimidas à Justiça do Trabalho foram grandes, ficando outros assuntos para as demais PECs ainda em tramitação. Surgiram algumas angústias e perplexidades, que podem ser minimizadas nas etapas seguintes da Reforma do Judiciário. O certo (e bom) é que a espinha dorsal do Judiciário foi retraçada pelo constituinte derivado.

Centraliza-se a Reforma da Justiça do Trabalho nos artigos 114 e 115 da Constituição Federal, referentes à composição de seus órgãos e de suas competências. Mas, conforme já mencionado há pouco, a Justiça do Trabalho também foi afetada por disposições gerais referentes à magistratura nacional. E, na mesma senda, também o Ministério Público do Trabalho se viu atingido pelas modificações genéricas do Ministério Público. Até mesmo os órgãos do Ministério do Trabalho foram abrangidos parcialmente pela EC 45/2004, na parte referente às conseqüências judiciais do processo administrativo de fiscalização.

Temas gerais como súmula vinculante, controle externo, escola nacional da magistratura, etc., são pontos comuns a todo o Judiciário brasileiro, mesmo quando a previsão seja em dispositivos diferentes, porquanto a redação é a mesma, conforme se pode perceber da leitura da reportada EC 45/04. A bem da verdade, considerável número deles situa-se na parte geral do Judiciário, tratado na Constituição Federal.

Novidades dignas de registro logo nesta oportunidade são a permanência do poder normativo da Justiça do Trabalho e o aumento de sua competência. Com efeito, se de um lado a EC 45/04 se referiu apenas a Dissídio Coletivo de *natureza econômica*, de outro introduziu os conflitos de representatividade sindical, matéria muito mais apropriada à Justiça do Trabalho do que à Justiça Comum. Entretanto, a mesma Emenda não aproveitou a oportunidade para inserir o acidente de trabalho na alçada da Justiça laboral. Esta última situação por certo não se sustentará por muito tempo, pois perdeu completamente seu sentido na história, porquanto resta constitucionalmente superado o entendimento de que a Justiça do Trabalho só

processa ações decorrentes da relação de emprego. Estamos a um passo de estendermos esta competência para as indenizações e discussões previdenciárias nos casos de acidentes de trabalho. Já não há sentido a tese de que a matéria é civil ou de assistência previdenciária, pois isto não tem pertinência com o tema da competência, sendo, na verdade, matéria de fundo, perfeitamente passível de conhecimento pelos juízes do trabalho, se for da vontade do Legislativo brasileiro.

O constituinte tem demonstrado uma preocupação muito grande e bastante salutar com a competência da Justiça do Trabalho. A nova redação do art. 114 é prova cabal disto: após elencar as competências específicas, possibilita o elastecimento dessa competência por lei infraconstitucional. É o art. 113, CF, afirma que “a lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho”.

Caiu a previsão constante do art. 112, CF, de que haveria pelo menos um TRT em cada Estado da Federação e no Distrito Federal. Mas continuou a possibilidade de serem atribuídas funções da judicatura trabalhista aos Juízes de Direito, nas Comarcas desassistidas por Varas do Trabalho.

De última hora, retirou-se a denominação de *desembargador federal do trabalho* para os magistrados dos TRTs (art. 111-A, II, e art. 115). No vai-e-vem entre a Câmara e o Senado a complexa expressão caiu, o que não impede de voltar nas Emendas posteriores. Mas isto não vai mudar o mundo.

Em termos de efetiva melhoria na qualidade e na celeridade da prestação jurisdicional, a EC 45/2004 não garante muita coisa. Aliás, ela traz temas que poderiam muito bem ser objeto da legislação infraconstitucional, evitando inflação normativa desnecessária ao texto da Constituição. Há muito a se modificar nas leis processuais e na mentalidade dos juízes. A previsão do inc. LXXVIII do art. 5º, CF (duração razoável do processo) traz um *conceito indeterminado*, ou aberto, que pode ensejar interpretações as mais díspares.² O princípio da razoabilidade será invocado, mas a questão não é apenas jurídica, senão política e econômica, porquanto a duração do processo depende, entre outros fatores, da vontade efetiva de acelerar o processamento das ações e de meios materiais para implementar medidas agilizadoras.

De toda forma, dentro do espírito otimista que nos deve alentar sempre, esperamos que sejam profícuos os resultados da Reforma do Poder Judiciário, tão exigida pelo mercado internacional e ansiosamente aguardada pelo jurisdicionado brasileiro.

4 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (EC 45/2004)

4.1 A necessária adaptação da Justiça do Trabalho

Feitas as digressões iniciais, cumpre-nos enfrentar o tema a que nos propusemos no início deste apanhado. O assunto, pela novidade que o alen-

ta, exige cautela e compreensão da sua magnitude. Pois bem: a EC 45/2004 (Reforma do Judiciário) alterou profundamente a competência da Justiça do Trabalho, passando a prescrever:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX – na forma da lei, outras controvérsias decorrentes de dissídios individuais e coletivos nas relações de trabalho.

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

§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

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

Cumpra-nos esclarecer que o fato de a EC 45/2004 ter aumentado a competência da Justiça do Trabalho não implica dizer que o direito material aplicável nos processos a ela submetidos será sempre o da CLT e legislação correlata. Com efeito, os litígios decorrentes de prestação de serviço não subordinado possuem legislação própria, máxime o Código Civil. Assim, o juiz do

trabalho aplicará a legislação comum, o direito comum, e não a CLT, pois a natureza do contrato permanecerá sendo civil. O rito processual, a seu turno, será o trabalhista, porque inerente ao exercício da jurisdição laboral. O aumento da competência de um órgão jurisdicional não implica, por si só, que o direito material a ser aplicado também mudará. Mudarão as concepções, o modo de pensar os problemas, as perspectivas dos institutos, etc. Todavia, a regulamentação material da questão jurídica permanecerá a de antes, salvo se ela própria for modificada pelo Direito, através de instituto jurídico adequado.

A EC 45/2004 mudou a regra da competência geral da Justiça do Trabalho. Agora, havendo relação de trabalho, seja ela qual for, o princípio é de que a lide será da competência dessa Justiça. O benefício da dúvida remete a ação à alçada da Justiça laboral, numa guinada epistemológica espetacular, que se opõe frontalmente ao que se tinha antes da Reforma do Judiciário. Em outras palavras: a Justiça do Trabalho passou a ser, pela EC 45/2004, o ramo do Judiciário com competência ordinária para julgar litígios decorrentes da relação de trabalho em geral. Somente em casos excepcionais é que a Justiça Comum (federal ou estadual) terá competência para processar ações que envolvam prestação de serviço.

Esta alteração de competência atingiu em cheio a essência da Justiça do Trabalho, porque firmou amplamente a competência material para julgar, processar e conciliar litígios decorrentes da relação de trabalho. Pouco faz caso das pessoas envolvidas nos litígios, se são empregados, autônomos ou profissionais liberais: preocupa-se com a relação jurídica, a de trabalho. É de todo salutar relembrarmos que o critério da competência material é aquele fundado no tipo de relação jurídica submetida a juízo.

A adaptação de competência é não apenas compreensível como, também, necessário. As relações de trabalho se tornaram, no século XX, muito mais complexas, mais ricas em modalidades; apareceram relações muito além das de emprego; os contratos civis cresceram e assumiram várias conotações; o trabalho informal superou o número dos empregados com Carteira de Trabalho assinada, situação que exige um tratamento mais meticuloso e rápido do Estado; a própria idéia de subordinação foi modificada no dia-a-dia, inspirada pelas novas tecnologias, pelas necessidades do século... Vieram o teletrabalho, o trabalho à distância, o trabalho sem controle de jornada, o trabalho em domicílio, etc. Por fim, tem-se percebido que o contrato de emprego conviverá com inúmeras outras formas de trabalho, algumas, por sinal, muito parecidas entre si e com a idéia tradicional de emprego.

Nesta inquietante ebulição social, econômica e jurídica, a Justiça do Trabalho não podia mais ficar apenas com os litígios da relação de emprego tradicional, realidade cada vez menor. A modernização do trabalho exigiu uma nova feição para o ramo do Judiciário que trata exatamente dos litígios envolvendo os agentes da produção: o empresário e o trabalhador, subordinado ou não.

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) não diferencia entre trabalhadores do setor privado e do público. Ela cuida da relação de trabalho, genericamente, e dos agentes de produção, alcançando, também, os servidores públicos, que são objeto de várias Convenções Internacionais (veja-se, p. ex., a de nº 52, sobre férias). A ação da OIT, observa Arnaldo Süssekind, “não se limita à proteção dos trabalhadores propriamente ditos, porquanto alcança o conjunto do seres humanos nas suas relações de trabalho”.³ Era preciso, então, aproximar o Brasil ainda mais das orientações da OIT, como, de resto, tem acontecido com os países membros dela.

Tão profundo foi o alcance da EC 45/2004 que todos os que militam na Justiça do Trabalho ou a ela passem a atuar (juízes, Ministério Público, advogados, sindicatos...) terão de fazer reciclagem jurídica: precisarão conhecer contratos civis, matéria administrativa, ações constitucionais e o Processo do Trabalho. Entra, aí, o papel das Escolas de Magistratura Trabalhista e do Ministério Público, a necessidade de se freqüentarem cursos de atualização, congressos jurídicos, seminários acadêmicos, etc. A hora é de ter a humildade para reaprender, senão de nada adiantarão as mudanças empreendidas pela EC 45/2004, verdadeira expressão de conquista histórica da Justiça do Trabalho.

Vejamos, então, como fica a competência atual da Justiça do Trabalho.

4.2 As ações oriundas da relação de trabalho (art. 114, I, CF; art. 643, CLT)

A expressão “*relação de trabalho*”, inserida pela EC 45/2004 (v. trecho transcrito há pouco), ampliou consideravelmente o rol de questões que podem ser submetidas à Justiça do Trabalho. Agora, não apenas os conflitos de “*relação de emprego*” (isto é, entre empregados e empregadores), mas os derivados da prestação de trabalho em geral, subordinado ou não, urbano ou rural, comum ou de empregado doméstico (Dec. n. 71.885/73, art. 2º, parágrafo único), sejam individuais, sejam coletivos. Entram, aí, os trabalhadores autônomos, parasubordinados (caracterizados pela continuidade, coordenação do trabalho e o aspecto predominantemente pessoal da prestação de serviços)⁴, profissionais liberais e outros prestadores de serviços (corretores, advogados, médicos, dentistas, representantes comerciais, cooperativas de trabalho, pequena empreitada, diaristas, faxineiras, bóias-frias, eventuais, avulsos, os que vivem de biscate, terceirizados, estagiários etc.), quer o litígio seja entre o trabalhador e quem o contratou, quer entre o trabalhador e o beneficiário da força de trabalho em geral (nas terceirizações), inclusive tomadores de serviço. Por estarem muito assemelhados aos trabalhadores individuais, dentro da idéia de parasubordinação, os prestadores de serviços que sejam empresas unipessoais também terão seus litígios com os tomadores de serviço dirimidos pela Justiça do Trabalho.⁵ O § 2º, art. 114, CF, confere esta competência para os casos de dissídios individuais e coletivos.

Os litígios que envolvam prestação de serviço entre empresas ou que traduzam estrita exploração em escala comercial de empresas a clientes permanecerão na alçada da Justiça Comum estadual, quando o conflito não envolver o trabalhador em sua labuta pessoal (atente-se para o que dissemos

sobre as empresas unipessoais). É preciso termos cuidado para não nos deixarmos levar pelo argumento da relação de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, para remeter os litígios laborais à Justiça Comum. Contra este risco, convém lembrarmos, conforme dito há pouco, que a mudança de competência não altera o direito material em si. Portanto, o princípio é de que o litígio envolvendo trabalho pessoal é da alçada da Justiça do Trabalho, agora caracterizada como órgão jurisdicional ordinário para processar este tipo de matéria. Cabe cindir a relação jurídica, especialmente nas relações triangulares, desnudando o aspecto *trabalhista* da relação de *consumo*, a fim de se analisar o primeiro na própria Justiça do Trabalho e remeter o segundo à Justiça Comum. Assim, se o sujeito A, mesmo que autônomo seja, trabalha para a empresa B, confeccionando peças para ela, e B as vende ao público consumidor, é óbvio que esta última é relação de consumo, enquanto a existente entre A e B é tipicamente de trabalho, a atrair a competência da Justiça do Trabalho. Parece-nos, até, que podemos estabelecer uma fórmula inicial: as relações de compra e venda em geral não se caracterizam como relação de trabalho, sendo reguladas estritamente pela legislação civil e pelo Código de Defesa do Consumidor.⁶

O novo dispositivo constitucional abriga o que a legislação ordinária já previa, referente aos trabalhadores avulsos. Subordinados ou não, independentemente de sua sindicalização, os avulsos prestam serviços apenas eventualmente para a empresa, sem se fixarem a um só tomador de serviço, daí porque não são empregados. Ex.: o amarrador, o consertador de carga e descarga, os estivadores, o vigia portuário, o classificador de frutas, etc. (Dec. n. 63.912/68). Competem à Justiça Obreira os dissídios entre trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços (art. 643, CLT).⁷

Sucede o mesmo com relação ao *dissídio entre pequeno empreiteiro e empreitador (tomador de serviços ou dono da obra)*: a empreitada é contrato civil, de resultado, no qual se visa à entrega de uma obra, mediante um preço. Os riscos correm por conta de quem executa a obra, o empreiteiro, que, frise-se bem, não é empregado. Pequeno empreiteiro diz-se de quem é o próprio executor da obra, o próprio artífice. Devido sua fragilidade econômica, a lei atribuiu competência à Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos da pequena empreitada (art. 652, III, CLT), embora o contrato não seja de atividade, de prestação de serviço.⁸ Embora o processo seja trabalhista, os direitos são civis. Se o prestador dos serviços explorar economicamente a atividade, em escala comercial, a empreitada deixará de ser *pequena*.

Na mesma linha se encontram os parceiros, meeiros e os arrendatários, quando não houver exploração comercial na atividade dos contratantes.

4.3 Servidores públicos da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 114, I, CF)

Por força da EC 45/2004, a Justiça do Trabalho, que já tinha competência para julgar os litígios entre a Administração Pública e os servidores

celetistas, passou a ser competente para processar, também, os servidores públicos estatutários, em qualquer das esferas de governo. Só escaparam desta abrangência da competência os militares (membros das Forças Armadas, policiais militares e corpos de bombeiros militares $\frac{3}{4}$ arts. 42 e 142, § 3º, CF). Nesta ótica, até os integrantes da Polícia Federal, das Polícias Rodoviárias, das Polícias Civis e Guardas Municipais foram incluídos na alçada da Justiça do Trabalho; bem ainda as lides envolvendo a Administração Pública de qualquer esfera e os magistrados, os membros do Ministério Público, das Defensorias, das Procuradorias Judiciais e Administrativas, etc. Com efeito, a nova redação do art. 114, I, CF, não excluiu os estatutários, aí encontrando-se os agentes que desenvolvem funções típicas de Estado.⁹ O texto foi publicado como saíra da Câmara dos Deputados, sendo que o Senado Federal incluiu, ao final deste inc. I, a frase “*exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da Federação*”. Esta parte devia ter sido submetida ao crivo da Câmara, em novo turno de votação, para que fosse aprovada (art. 60, § 2º, CF). E, de fato, acabou voltando à Câmara, onde aguarda apreciação.

Esta incumbência da Justiça do Trabalho para processar litígios de servidores públicos estatutários e, sobretudo, de agentes políticos (magistrados, membros do MP, procuradores judiciais, etc., de qualquer esfera administrativa) abre um abismo na Justiça Comum, na Justiça Federal e nos demais órgãos de Poder. De um lado, pode melhorar o acesso dos juízes estaduais à discussão de seus problemas administrativos fora do âmbito da estrutura militarizada da Justiça a que pertencem, possibilitando maior democracia, igualdade e isenção nos julgamentos; mas, de outro lado, não interessará aos tribunais de justiça e TRFs, porque terão de compartilhar seus problemas com outros órgãos da estrutura do Estado, como o Ministério Público do Trabalho, que poderá, inclusive, investigar e questionar nomeações de servidores, promoções de magistrados, concursos para os cartórios, etc. Este papel fiscalizador seria, com certeza, exercido pelo MPT porque: (a) é do seu espírito e talhe enfrentar desafios novos, descobrindo os meandros das entrelinhas das relações de trabalho em geral; (b) por não pertencer nem ter vinculação nenhuma com a Justiça Comum, sentir-se-ia completamente livre e politicamente desimpedido para questionar práticas, às vezes historicamente viciadas e imunes, de órgãos judiciários; (c) isto acarretaria uma abertura maior, cognitivamente, da forma dos atos administrativos em geral, possibilitando o conhecimento e o debate pela sociedade, sem o receio das retaliações internas que caracteriza a realidade de algumas Instituições. A democracia destas estruturas melhoraria, em benefício do regime da legalidade, algo muito afinado com o espírito de uma verdadeira Reforma do Judiciário.

Contudo, os interesses políticos tendem a falar mais alto. Havíamos vaticinado, logo após a publicação da EC 45/2004, que os juízes federais não se conformariam em ter suas lides julgadas pelos juízes do trabalho; e os Tribunais de Justiça sequer cogitariam de permitir que a Justiça do Trabalho

e o Ministério Público do Trabalho cuidassem de seus assuntos administrativos, envolvendo servidores e magistrados.

Alertávamos que a matéria (validade do inc. I, do art. 114, CF), certamente, seria submetida à apreciação do STF, na tentativa de se retirar da Justiça do Trabalho a competência para julgar litígios envolvendo os estatutários, mas deixando esta competência para os celetistas, ponto no qual não há a menor dúvida, de qualquer das órbitas da administração pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Ministrávamos em nossos pronunciamentos, que haveria muita pressão política e debates acalorados, o que demandaria considerável tempo para a definição final. Cai bem ponderar, aqui, que esta questão, como, de resto, várias que envolvem controle concentrado de constitucionalidade, envolve uma carga política muito maior do que jurídica. E a isto o STF está sempre atento. Na medição de forças, dizíamos, veremos como o STF enfrentará o questionamento.

E adiantávamos que, em nossa opinião pessoal, dificilmente a Justiça do Trabalho ficaria com a competência para as lides de servidores públicos estatutários. No futuro, após longo processo de amadurecimento e de crescimento dessa Justiça, talvez as coisas mudem e os ventos soprem diversamente...

Na noite do dia 27/01/2005, o Min. Nelson Jobim (STF), acolhendo parcialmente solicitação da AJUFE (Associação dos Juizes Federais), em controle concentrado de constitucionalidade, deferiu liminar restringindo o inc. I do art. 114, CF, na parte referente à competência da Justiça do Trabalho para processar as ações envolvendo servidores estatutários (ADIn 3395). Desta forma, a Justiça do Trabalho não pode mais julgar lides de servidores estatutários, pelo menos enquanto vigorar a liminar ou se o STF confirmá-la no mérito.¹⁰ O pronunciamento da Câmara, no entanto, sobre esta competência, poderá levar à perda do objeto da ação promovida pel AJUFE.

4.4 Servidores de entes de direito público externo (art. 114, I, CF)

As questões trabalhistas envolvendo embaixadas (e outros entes ou organismos de direito público externo) e seus empregados são da competência da Justiça do Trabalho, apesar do princípio da extraterritorialidade. A atual CF não solucionou, contudo, o problema da impenhorabilidade dos bens destes organismos. Deixou a polêmica sobre a impenhorabilidade para a fase de execução, quando o aplicador da norma deverá se ater aos regramentos do Direito Internacional.

Na verdade, a relação jurídica travada entre o trabalhador e tais organismos não é de direito internacional público, mas, sim, de cunho privado, trabalhista, regida pela CLT,¹¹ de modo a atrair a aplicação do Direito Internacional Privado e mitigar a imunidade, que é instituto assegurado do desempenho de funções tipicamente públicas, com relevo internacional, o que, definitivamente, não é a hipótese deste tipo de litígio trabalhista.¹² Aliás, as

imunidades das pessoas jurídicas de direito internacional são muito mais pertinentes ao seu papel político na aldeia global, havendo, por isto mesmo, tratamento diferenciado no campo do Direito Penal aos seus agentes, para melhor desempenharem suas funções públicas.

De todo modo, lembrando as lições de Del Vecchio (*A Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1960, *passim*), é certo que as regras básicas de justiça são mundiais, internacionalizadas e tendentes a serem gerais, com pontos comuns em todas as regiões do globo terrestre. Não soa bem, neste diapasão, coonestar atos de injustiça, como a inobservância a direitos humanos, na espécie de direitos sociais. E muito menos se afigura adequado que um ente internacional, do porte e respeitabilidade dos organismos internacionais, preste-se a invocar sua pretensa imunidade diplomática para não pagar direitos trabalhistas tão básicos e cuja importância financeira se perde na sua capacidade orçamentária.

A imunidade é tema que requer a máxima atenção, porquanto envolve, a um só tempo, os requisitos básicos para o exercício de funções internacionalmente relevantes, reconhecidas em tratados internacionais, e a soberania nacional. O TST e o STF têm rejeitado a tese da imunidade de jurisdição em casos trabalhistas,¹³ sobretudo na fase de conhecimento da ação. E, mesmo na fase de execução, o TST aponta a sua complexidade, negando a imunidade quando o ente público externo não renuncia a ela.¹⁴

4.5 Trabalhador temporário (art. 19, Lei n. 6.019/74)

Trabalhador temporário é aquele que labora para a empresa cessionária, substituindo seu pessoal (v. Enunc. 331-TST), como terceirizado. Os conflitos entre as duas empresas competem à justiça comum, pois o contrato entre elas não é trabalhista, mas civil (prestação de serviços interempresarial); os do empregado, com qualquer das empresas, competem à Justiça obreira. A rigor, esta competência cai na regra geral, preceituada no art. 114, I, CF, por envolver relação de trabalho.

Pela denominação, a atrair confusão entre os dois tipos de trabalhadores, é salutar esclarecer que os casos de *contratação temporária*, da Lei n. 9.601/98, são modalidades de contrato de trabalho por tempo determinado, pertencendo, portanto, à categoria de *emprego*, sobre a qual não paira dúvida quanto à competência da Justiça do Trabalho.

4.6 Dissídios coletivos e greve (art. 114, II e §§ 2º e 3º, CF)

A EC 45/2004 restringiu os dissídios coletivos aos de natureza econômica (aqueles que visam a regular as condições de trabalho e estabelecer pautas entre as entidades pactuantes), mantendo a competência da Justiça do Trabalho. Os de natureza jurídica, assim entendidos aqueles que visam a mero esclarecimento de cláusulas, ficam a cargo das próprias entidades sindicais interessadas resolverem por outros métodos, extrajudiciais (novos negócios coletivos) ou embargos de declaração em dissídio coletivo de natureza econômica.

Não andou bem a EC 45/2004 quando fez constar, na redação do § 2º do art. 114, CF, que as partes têm a faculdade, “*de comum acordo*”, de ajuizarem dissídio coletivo. Talvez não seja exatamente o que o constituinte quis dizer, mas houve um condicionamento para o ajuizamento da ação: ambas as partes têm de concordar com isto. Ora, levando em conta a cultura laboral brasileira, especialmente a empresária, o dispositivo inviabiliza o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF); fragiliza as categorias profissionais, que dependerão da aquiescência empresarial para promoverem a ação; estimula o indesejável movimento paredista, uma vez que a greve é o único outro caso autorizador da instauração da instância coletiva, o que vai contra o princípio da paz social. Além de afrontar o princípio da razoabilidade, a disposição constitucional fere a inquebrantável cláusula pétrea do acesso à justiça (art. 60, § 4º, IV, CF). Tudo isto torna flagrante a inconstitucionalidade da nova disposição, que pode ser combatida tanto pela via concentrada, quanto pela via do controle difuso, incidentalmente em cada dissídio coletivo promovido nos Tribunais do Trabalho (TRTs e TST).

Os conflitos coletivos que envolvam paralisação coletiva (greve) são da competência da Justiça do Trabalho. No âmbito das relações privadas de trabalho, o tema não é novo nem inspira grandes novidades. Até a previsão de que o MPT é legitimado para ajuizar o dissídio “*em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público*” (art. 114, § 3º, CF) já vinha expressa na LC n. 75/93, art. 83, VIII (“VIII - *instaurar instância em caso de greve, quando a defesa da ordem jurídica ou o interesse público assim o exigir*”). A modificação literal, neste último caso, foi para restringir a atuação do MPT, agora limitada à paralisação em atividade essencial. Entretanto, a interpretação sistemática da Constituição não impede que o MPT promova outros tipos de ação, inclusive de ordem coletiva, para a preservação do interesse público e da sociedade, quando ameaçados pelo movimento paredista. Esta interpretação provém da necessidade de preservar os direitos fundamentais, como de resto os indisponíveis, dos usuários e dos envolvidos no próprio conflito coletivo; e do papel do MPT como agente público defensor dos interesses públicos e da sociedade (artigos 127 e 129, II, CF). É possível que se depare com situações em que a greve seja deflagrada em setor não considerado essencial pela Lei n. 7.783/89, mas que, em situações concretas, demonstrem o risco para a sociedade, o caráter inadiável do serviço, a ofensa ao interesse público, à ordem ou à segurança públicas. Não poderá, então, em tal hipótese, a sociedade ficar na dependência da boa vontade das categorias conflitantes (de empregados e de empregadores). É exatamente para isto que ela conta com um Ministério Público, capaz de defendê-la e com coragem para ousar, para desafiar novas interpretações; é para isto que os membros do Ministério Público são altamente qualificados e ativos.

Já a greve no serviço público vai depender do que vier a ser definido a propósito dos servidores públicos. Não é sustentável o argumento de que todos os dissídios de greve sejam da competência da Justiça do Trabalho

porque o inc. II do art. 114, CF, não abre nenhuma exceção. Na verdade, ele não excepcionou porque apela para o bom senso do intérprete, que precisa ver o contexto no qual o dispositivo se insere e a sistemática da Constituição. Na previsão do art. 114, CF, a Justiça do Trabalho é a competente para julgar todas as lides de relações de trabalho, inclusive envolvendo servidores públicos celetistas e estatutários, de todos os níveis do governo. Por isto, a EC 45/2004 não fez a distinção entre greve feita por servidores celetistas e greve feita por estatutários, atribuindo tudo à Justiça do Trabalho. Mas é óbvio que havendo restrição da competência da Justiça do Trabalho para processar apenas os litígios dos celetistas, ficando os estatutários na alçada da Justiça Comum (Federal ou Estadual, conforme sejam servidores de entidades federais, estaduais ou municipais), também as ações sobre greve sofrerão adaptação de competência, pois não seria razoável que os litígios individuais ficassem na alçada de uma Justiça e os de greve pertencessem a outro ramo do Judiciário, quando a natureza jurídica da relação-base é a mesma. Esta distinção, por força da liminar concedida pelo Min. Nelson Jobim, em 27/01/2005, suspendendo parcialmente o inc. I do art. 114, CF (ADIn 3395), está em pleno vigor, de tal forma que, atualmente, as greves de servidores públicos estatutários fogem da competência da Justiça do Trabalho.

O inc. II do art. 114, CF, se reporta às ações “*que envolvam exercício do direito de greve*”. Então, não se trata apenas de dissídio coletivo de greve, mas alcança muitas outras matérias. Originariamente, algumas serão da alçada das Varas do Trabalho, outras dos tribunais do trabalho. No primeiro caso, quando envolver mero interesse individual ou cuja demanda não se caracterize como de dissídio coletivo; no segundo, quando a ação for a de dissídio coletivo propriamente dito (ilegalidade ou abusividade da greve, estabelecimento de cláusulas coletivas para as categorias, reivindicadas no movimento paredista) ou a ela vinculada (cautelares, p. ex.), oportunidade em que se observará a tradicional divisão de competência do TST e dos TRTs (art. 678, I, a, CLT; e Lei n. 7.701, art. 2º, I, a).

4.7 Lides sindicais (art. 114, III, CF)

A EC 45/2004 corrigiu falha deixada pelo constituinte originário, quando os conflitos intersindicais eram da alçada da Justiça Comum Estadual. Agora, a própria Justiça do Trabalho tem competência para apreciar os conflitos entre sindicatos (como os de representatividade), entre estes e os trabalhadores (filiais ou não) e entre sindicatos e empregadores. Embora a CF não tenha dito expressamente, a interpretação sistemática, o princípio da unidade constitucional e da razoabilidade nos levam a concluir que os dissídios entre sindicatos patronais e os membros não-associados, da respectiva categoria, também são da competência da Justiça Obreira. Entram neste rol as ações de cobrança em geral, as referentes às liberdades sindicais e à autonomia sindical (mesmo que a ação seja contra o Estado, por interpreta-

ção lógica e sistemática da CF), as de restituição de indébito, de depósito judicial, de cumprimento de cláusulas normativas, que visem a obrigar uma entidade a cumprir convenção ou acordo coletivo, inclusive quanto à aplicação de multas previstas no instrumento coletivo, as de eleição sindical, de trabalhador avulso e seu sindicato, de direito de filiação e desfiliação, de prerrogativas sindicais, etc.

Novamente se torna mister atentar para o fato de que as lides envolvendo sindicatos de servidores públicos estatutários (como os fazendários, p. ex.) versus Administração Pública continuarão na alçada da Justiça Comum (Estadual ou Federal) se persistir a liminar concedida pelo Min. Nelson Jobim, em 27/01/2005, sobre o inc. I do art. 114, CF, excluindo da competência da Justiça do Trabalho os litígios envolvendo servidores estatutários (ADIn 3395). Caso contrário, todas estas querelas seguirão para a Justiça laboral.

4.8 Ações constitucionais (art. 114, IV, CF)

A EC 45/2004 prevê, expressamente, ser da competência da Justiça do Trabalho processar “os mandados de segurança, ‘habeas corpus’ e ‘habeas data’, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição”. O sujeito passivo destas ações são as autoridades públicas que pratiquem atos com abuso de poder ou ilegalmente, desde que referentes à relação de trabalho público. Por força da liminar concedida pelo Min. Nelson Jobim, em 27/01/2005, sobre o inc. I do art. 114, CF, excluindo da competência da Justiça do Trabalho os litígios envolvendo servidores estatutários, estas ações constitucionais não serão ajuizáveis na Justiça Obreira quando a relação jurídica-base for de regime administrativo.

O dispositivo constitucional só menciona expressamente estas ações. Já foi um passo. Defendíamos, há tempos a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar estas ações, pois regidas pelo Processo Constitucional, que é amplo.¹⁵ Agora, a EC 45/2004 pôs fim a qualquer dúvida sobre o assunto. Os atos combatíveis pelo mandado de segurança, p. ex., são os de qualquer autoridade pública, e não mais só de autoridade judiciária do trabalho. Assim, se um gestor público praticar ato ilegal ou com abuso de autoridade, referente à relação de trabalho (e não só à relação de emprego), o *writ* será impetrado no juízo de primeiro grau da Justiça do Trabalho. O mesmo critério da hierarquia de autoridade pública, para definir a competência do Juiz de primeiro grau ou do Tribunal, existente nos demais ramos processuais, também se aplicará à Justiça do Trabalho.

Quanto aos *habeas corpus*, o constituinte derivado pôs fim ao entendimento esposado pelo STF de que a Justiça do Trabalho não tinha competência para processá-los. Atualmente, portanto, está firmada dita competência, cabendo o processamento e julgamento aos Juizes das Varas do Trabalho quando o ato coator relacionar-se à relação de trabalho, como o cárcere

privado e atos de autoridade adotados em função da relação de trabalho; os TRTs em relação a ato de juiz do trabalho de 1º grau ou de autoridade que tenha foro privilegiado Regional, e do TST em relação a ato de TRT, de seus membros ou de autoridade submetida à sua jurisdição originária, por privilégio de foro.

O raciocínio tecido para o mandado de segurança vale, também, para o *habeas data*, sempre que os dados da informação tiverem pertinência com relação de trabalho, sejam mantidos pelo empregador ou por órgão, público ou privado, desde que, nos casos privados, a informação se destine a público, na forma de cadastro.

De todo modo, mais uma vez precisamos recorrer à interpretação, para esclarecer ao leitor que há outras ações de índole constitucional da alçada da Justiça do Trabalho. É o caso do mandado de injunção (art. 105, I, h, CF) e da ação civil pública (art. 129, III, CF; art. 83, III, LC 75/93). Inclui-se, aí, ainda, o mandado de segurança coletivo e, quando a pretensão for a moralidade administrativa ou o meio ambiente do trabalho, atendidos os demais requisitos constitucionais, a ação popular (art. 5º, LXXIII, CF). Particularmente, entendemos que a reparação civil, no caso de ato ofensivo ao princípio da moralidade pública, em sede de relação de trabalho, é da competência da Justiça do Trabalho. É o caso, p. ex., de gestores públicos que, por contratações viciadas de servidores ou nomeações políticas ilegais, precisarão reembolsar o erário ou responder civilmente por seus atos, incidentalmente a ações trabalhistas.

O rito processual destas ações será o da legislação especial, que trata de cada uma delas, acrescentando-lhes os princípios tuitivos do Processo do Trabalho, dentro do ambiente de compatibilidade processual (art. 769, CLT).

4.9 Conflitos de competência (art. 114, V, CF)

Os conflitos de competência entre as autoridades judiciárias do trabalho são da alçada da Justiça obreira. A alteração constitucional só ressalva a competência do STF para processar “os conflitos de competência entre o STJ e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal” (art. 102, I, o). Se um dos órgãos judiciários envolvidos no Conflito não tiver jurisdição trabalhista, a competência será do STJ (art. 105, I, d).

4.10 Ações de indenização por danos morais e patrimoniais (art. 114, VI, CF)

A EC 45/2004 consagrou o entendimento do TST e do STF, no particular. Assim, qualquer dano decorrente de relação de trabalho (e não só da relação de emprego) pode ter sua indenização pleiteada na Justiça Obreira. Isto, na realidade, é sucedâneo do que já dissermos há pouco, ao comentarmos o inc. I do art. 114 da CF, para onde remetermos o leitor. Os contornos do

quantum indenizatório serão regidos pelos cânones do Direito Civil, mas sob o rito do Processo do Trabalho.

Embora o acidente de trabalho permaneça na instância comum, residualmente (art. 109, I, CF; art. 643, § 2º, CLT), as ações preventivas de acidente ou relativas ao meio ambiente de trabalho são da Justiça do Trabalho. Pela Súmula 15-STJ, a competência da Justiça Comum estadual prevalece até mesmo quando for interessada entidade federal. Porém, esta situação não deve se sustentar por muito mais tempo. Não há mais nenhuma razão material ou lógica para que o acidente de trabalho seja da competência da Justiça Comum estadual. Afinal, a feição da Justiça do Trabalho mudou completamente, e a matéria é, escancaradamente, decorrente da relação de trabalho, senão ínsita a ela.

4.11 Ações relativas a multas aplicadas pelas autoridades do trabalho (art. 114, VII, CF)

Antes da EC 45/2004, os questionamentos judiciais em torno das multas aplicadas pelos Auditores Fiscais do Trabalho eram da alçada da Justiça Federal, tanto as ações ordinárias quanto os *writs*. Nestas ações, sobretudo mandados de segurança, levavam-se à Justiça Federal discussões em torno do excesso das multas, da inobservância do processo administrativo fiscalizatório, do abuso de autoridade dos Auditores Fiscais, etc.

Preservando a matéria que pode ser questionada no Judiciário, a EC 45/2004 transferiu esta competência para a Justiça do Trabalho, tornando mais coerente com a sua função. Nela, destarte, poderão ser ajuizadas as ações, em geral, pertinentes às multas aplicadas pelos auditores fiscais do trabalho (ações ordinárias, mandados de segurança, cautelares, execuções fiscais, etc.), perante a Vara do Trabalho.

Pelos termos utilizados pelo art. 114, VII, CF (“as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho”) não nos parece que os atos, em geral, das autoridades administrativas do trabalho sejam da competência da Justiça do Trabalho, mas, apenas, os decorrentes de *penalidades administrativas impostas aos empregadores* pelos órgãos do Ministério do Trabalho ou assemelhados. O termo “*impostas*”, no entanto, não deve impressionar a ponto de entendermos que a medida judicial será sempre a *repressiva* (visando a corrigir ilegalidade ou abuso de poder já consumados). Na realidade, são perfeitamente admissíveis, nas mesmas circunstâncias, as medidas preventivas (destinadas a impedir o cometimento de ilegalidade ou abuso de poder iminentes). Dois fundamentos nos impelem a esta compreensão: (a) a razoabilidade, porque não faria sentido em que as ações de cunho repressivo fossem ajuizadas em um Juízo e as de caráter preventivo em outro; e (b) a ampla garantia de acesso ao Judiciário, inclusive no caso de mera ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF).

Em nossa visão, os atos do Ministério Público fogem a esta competência. Primeiro, porque ele não tem poderes para aplicar penalidades administrativas (multas) aos empregadores, não lhe cabendo a idéia de autoridade administrativa do trabalho para efeitos do preceito constitucional. Segundo, porque seus atos, como autoridade pública federal, resvalam na regra geral da competência da Justiça Federal ou, em se tratando de ação promovida ou passível de ajuizamento na Justiça do Trabalho (ação civil pública, ação anulatória, etc.), a competência já está definida pelos demais dispositivos do art. 114, CF.

O texto constitucional menciona “as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho”. O termo “relativo” confere uma amplitude considerável às espécies de ações ajuizáveis na Justiça do Trabalho. Tudo que for referente ou concernente às penalidades administrativas a que se reporta pode ensejar ação na Justiça Obreira. Esta pertinência, por conseguinte, é tanto a direta quanto a indireta. E abarca, ainda, a execução fiscal das multas aplicadas pelas Delegacias Regionais do Trabalho (DRTs), seguindo-se o rito da Lei n. 6.830/80, com a observância dos regramentos gerais do Processo do Trabalho.

4.12 Ações executivas e de cumprimento

Incumbe à Justiça do Trabalho, ainda, executar suas próprias decisões, conhecer e julgar as ações de cumprimento das sentenças normativas (art. 872, parágrafo único, CLT), bem como os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho, mesmo quando ocorreram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador (Lei n. 8.984/95). Incluem-se, aqui, os dissídios sobre contribuições sindicais estabelecidas nas negociações coletivas ou nas sentenças normativas. Encontra-se, aqui, ainda, a execução, de ofício, das contribuições previdenciárias e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que a Justiça do Trabalho proferir (art. 114, VIII, CF). Esta competência executiva das sentenças é ínsita ao Judiciário em geral e vincula-se ao princípio do juiz natural, que, no particular, expressa-se pela preservação da competência originária (salvo a mudança legal da competência absoluta) e da *perpetuatio jurisdictione*. Enfim, a regra é: quem julga executa sua própria sentença.

4.13 Atos de jurisdição voluntária

São ditos atos de jurisdição voluntária aqueles nos quais não há litígio, caracterizando-se por atos administrativos na essência, mas judiciais na forma (daí, chamá-los de *judicialiformes*). Sua aplicabilidade é bastante tênue na Justiça do Trabalho, valendo citar, antes da CF/88 e até os primeiros anos da Lei n. 8.036/90, a opção retroativa pelo FGTS; e, até a EC 28/2000, o caso da prestação quinquenal das contas laborais por parte do empregador rural (art. 233, CF).

4.14 Outras competências da Justiça do Trabalho

No inc. I do art. 114 da CF está definida a competência da Justiça do Trabalho para processar “*as ações oriundas da relação de trabalho*”. E, no inc. IX, seguinte, consta competência à mesma Justiça para processar “*na forma da lei, outras controvérsias decorrentes de dissídios individuais e coletivos nas relações de trabalho*”. Apesar das dúvidas e incompreensões iniciais, perfeitamente esperadas e comuns nestas situações, entendemos que já podemos adiantar algumas opiniões.

O ponto chave está nas palavras “*oriundas*” (inc. I) e “*decorrentes*” (inc. IX). Segundo o Dicionário Aurélio, *oriundo* significa originário, proveniente, procedente, natural; e *decorrente* é o que decorre, que passa, que se escoo, decursivo, ou, ainda, o que se origina. Isto demonstra que as *ações oriundas* (inc. I) são aquelas que nascem da relação de trabalho, direta e imediatamente, como nos conflitos entre o trabalhador e o tomador do serviço, a propósito da labuta prestada, sendo o palco onde se discutirão os direitos e obrigações desta relação contratual. Já as *controvérsias decorrentes* são aquelas que surgiram da labuta, indiretamente, podendo se referir a terceiros que se viram atingidos, de alguma forma, pela prestação dos serviços, ou cujas obrigações não sejam especificamente laborais; assim, pode a legislação incluir na competência da Justiça do Trabalho outras controvérsias que não sejam as propriamente trabalhistas, como algumas de caráter peculiarmente civil, comercial ou, mesmo, de consumo, desde que decorrentes de relação de trabalho.

Com espeque no art. 114, CF, tem-se atribuído à Justiça do Trabalho competência para conciliar e julgar quaisquer demandas que tenham causa na relação de emprego, como complementação de pensão por ex-empregado (Precedente 26-SDI/TST), preservação do meio ambiente de trabalho, ações civis públicas para resguardo da relação de emprego e da liberdade de associação sindical (ex.: imposição e cobrança de contribuições indevidas pelas entidades sindicais), ações possessórias, seguro-desemprego e PIS. Todas estas ações recebem, agora, pela EC 45/2004, novo impulso, para alcançar, no que possível for, as relações de trabalho em geral. Assim, os conflitos envolvendo associações profissionais e seus membros, ou entre associações, ou entre estas e os sindicatos; os danos decorrentes de acidentes de trabalho em geral, seja o acidentado empregado ou trabalhador não subordinado; etc.

Dentro do espírito de autonomia administrativa, os tribunais do trabalho possuem a competência para apreciar, administrativamente, todos os pedidos de seus servidores e juízes do trabalho.

5 APLICAÇÃO IMEDIATA DA EC 45/2004

A EC 45/2004, publicada no DOU 31/12/2004, está em pleno vigor, modificando a competência material da Justiça do Trabalho e, por conseqü-

ência, de outros órgãos do Judiciário (art. 114, CF; art. 87, CPC). Alcançou todas as situações jurídico-processuais no dia da sua publicação. Por ser norma de ordem pública, tem aplicação imediata, suprimindo competências da Justiça Comum e transferindo-as para a Justiça do Trabalho, de tal forma que aquele juízo ordinário, agora incompetente, não pode mais processar ditas ações. E os atos processuais se regerão pelas normas disciplinadoras do Processo do Trabalho, como manda a regra de interpretação do Direito Processual (a lei aplicável é a do dia da prática do ato processual). Logo, todos os processos de competência da Justiça do Trabalho, que se encontrarem noutro órgão judiciário, devem ser remetidos, imediatamente, à Justiça laboral, que dará prosseguimento a eles. Ditas ações terão seu procedimento adequado ao rito do Processo do Trabalho na situação em que se encontram, aproveitando-se os atos já praticados. Deste modo, todos os novos atos observarão a processualidade própria do rito trabalhista (prazos, forma, etc), com exceção das ações que tenham rito específico ditado por lei de impossível amoldação ao Processo do Trabalho, com é o caso das ações constitucionais (mandado de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*).

As sentenças já proferidas na Justiça Comum (Estadual ou Federal) são válidas, cabendo recurso, se ainda no prazo estipulado pelo Processo do Trabalho (8 dias, em regra), às instâncias da Justiça do Trabalho, onde receberão o tratamento adequado à espécie. É a inteligência da Súmula 10 do STJ: “*Instalada a JCJ, cessa a competência do Juiz de Direito em matéria trabalhista, inclusive para a execução das sentenças por ele proferidas*”.

Tendo transitado em julgado a sentença proferida na Justiça Comum ou estando ela em fase de execução, os autos serão remetidos à Justiça do Trabalho, onde a execução prosseguirá segundo o Processo do Trabalho, aproveitando-se os atos já praticados. É que a mudança na competência material atinge o processo de imediato, no ponto em que ele se encontra, inclusive se já estiver em fase de execução (art. 87, CPC).

Estando os autos no tribunal da Justiça Comum (TJ, TRF ou STJ), em grau de recurso, também serão encaminhados ao órgão correspondente da Justiça do Trabalho, onde o recurso receberá o tratamento do Processo Trabalhista.

Não há a necessidade de remessa de processos já findos e devidamente arquivados, posto encerrado o ofício jurisdicional.

6 CONCLUSÕES

Embora tendo sido cindida, a Reforma do Judiciário, aprovada pela EC 45/2004, acarretou profundas mudanças na Justiça do Trabalho, outrora ameaçada de extinção. De todos os ramos do Poder Judiciário, podemos dizer, seguramente, que a Justiça do Trabalho foi a que saiu mais fortalecida, agora com contornos muito mais próprios da Instituição. Tudo que era da sua alçada nela permaneceu. Matérias que não lhe pertenciam, passaram a

compor seu rol de competências. O volume de processos na Justiça do Trabalho vai aumentar bastante; mas isto compõe natural consequência do aumento de atribuições e de poder.

Na verdade, o aumento da competência da Justiça do Trabalho é o resultado de longa e árdua luta de seus integrantes e de vários atores sociais, que mourejaram para ter uma Justiça mais atuante, com maior participação nas questões do trabalho em geral. Bem, aqui estamos, o desiderato foi alcançado. Esperamos que os juízes do trabalho saibam responder ao novo encargo que a Constituição Federal lhes confere, a começar enfrentando as teses de restrição do art. 114, CF, mormente pelo que se possa entender por *relação de trabalho*, ponto de altíssima relevância para a definição da competência da Justiça Obreira, que, a rigor, não pode mais ser chamada de especializada. De fato, ela agora é a *Justiça ordinária* para processar todos os litígios que provenham de relação de trabalho. E somente por disposição expressa é que os outros ramos do Judiciário poderão atuar neste setor. Em outras palavras: a EC 45/2004 provocou um giro epistemológico, uma guinada de competência que inverte as regras anteriores, pertinentes a relação de trabalho.

Se o inc. I do art. 114 da CF não resistir ao teste de constitucionalidade no STF, referente à competência da Justiça do Trabalho para processar lides de servidores públicos estatutários, também sairão dela as ações constitucionais, as greves e as lides que envolvam sindicatos, em tudo quanto tiver pertinência direta com o servidor público estatutário. Permanecerá a competência, apenas, para os assuntos que envolvam servidores públicos celetistas.

As discussões sobre a constitucionalidade da EC 45/2004 trazem ínsita, na realidade, a luta pelo poder entre órgãos do próprio Judiciário. A par da questão jurídica, sustentável nos dois sentidos que se opõem, o problema é muito mais político, a ser definido pelo STF, onde os debates e a medição de forças ocorrerá. O outro palco continuará sendo as Casas do Congresso, onde os demais pontos da Reforma prosseguem e onde se rediscutem trechos da própria EC 45/2004. Tudo democraticamente natural e esperado, pela profundidade que a Reforma trouxe. Apenas, o que não se esperava era o atabalhoamento no trâmite da Proposta de Emenda Constitucional, a comprometer a validade formal da EC 45/2004, especialmente porque a razão maior resultou da dicotomia de um ambiente festivo e, ao mesmo tempo, das exigências do processo legislativo adequado. No acordo de cavalheiros, feito naquele momento como condição para publicação da EC 45/2004, vejamos o desenrolar dos fatos.

Nesta efervescência, segue o Ministério Público do Trabalho, instituição que atua diretamente na Justiça do Trabalho, encarregada de agir em tudo quanto seja da competência deste ramo do Judiciário. Com um quadro já pequeno de membros, ainda menor do que o da Justiça do Trabalho, e em condições precárias de funcionamento, viu-se com suas atribuições redobradas, a desafiar o malabarismo administrativo, em razão das dificuldades de toda ordem em que funciona (sem assessoria, sem funcionários, sem orça-

mento adequado, algumas Procuradorias Regionais com sedes altamente deficientes...), e um *modus operandi* que atenda aos reclamos da sociedade.

Os problemas, no entanto, não devem ser encarados como óbices ao exercício funcional das atribuições constitucionais outorgadas às Instituições. Estas, pelo contrário, devem abraçar o desafio e buscar os recursos necessários para o seu bom funcionamento, com criatividade e mais luta, ainda. A Reforma veio para melhor; então, não podemos esvaziá-la. Não se deve fugir das competências nem ter timidez no explorá-las.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FARIAS, Paulo José Leite. Mutação constitucional judicial como mecanismo de adequação da Constituição econômica à realidade econômica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 34(133):213-231, janeiro-março, 1997.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la Constitucion*. Tradução de Christian Förster; revisada por Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. Trad.: Antonio de Pádua Danesi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992,

MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – parte geral das obrigações*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2

ROMITA, Arion Sayão. A crise da subordinação jurídica $\frac{3}{4}$ necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parasubordinados. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, 68(11):1287-1298, nov./2004.

SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

¹ O STF, ao julgar a ADIn 492-1-DF (DJU 16.11.92), declarou inconstitucional o art. 240, alíneas “d” e “e”, da Lei n. 8.112/90, para retirar da competência da Justiça do Trabalho as lides envolvendo servidores públicos estatutários. Contra este entendimento, cf. SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 147 e ss.

² Os conceitos *indeterminados* (há quem prefira chamá-los de *abertos*) constituem solo fértil para a *mutação constitucional*, em que os órgãos jurisdicionais determinam o conteúdo da Constituição. Daí a importância doutrinária de se fomentar uma análise conceitual de institutos e do que devem entender os juízes (MORESO, José Juan. *La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 236). Ao aplicar a norma, o intérprete atualiza o seu conteúdo, delimita o seu alcance, adapta seus preceitos ao momento, ao linguajar cotidiano. Implica dizer, destarte, que, até certo ponto, o juiz participa do trabalho legislativo no campo jurídico-social, “na medida em que modifica o significado da norma” (Henri Lévy-Bruhl, *Sociologia do Direito*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 74).

Karl Loewenstein afirma que as Constituições não mudam somente através de emendas (processos formais), mas, sim, em maior volume, por outros meios sem haver mudança no texto constitucional, o qual permanece intacto em sua literalidade (processos informais – *mutação constitucional*) (*Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 165). Cf. também JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, *passim*.

Paulo José Farias, partindo de Loewenstein e Jellinek, esclarece a diferença entre *mutação* (*Verfassungswandlungen*) e *reforma* constitucional (*Verfassungsänderung*). A *reforma* da Constituição consiste na modificação dos textos constitucionais mediante *ações voluntárias*, pelos processos e forma estabelecidos na Constituição. Diferentemente, a *mutação* constitucional é modificação de sentido e do teor das disposições constitucionais, sem mudança do dispositivo, por *atos não acompanhados de consciência de tais modificações*, através ora da interpretação, ora dos costumes, ora da legislação infraconstitucional (*Mutação constitucional judicial como mecanismo de adequação da Constituição econômica à realidade econômica*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, 34(133):213-231, janeiro-março, 1997).

³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987.

⁴ Vide a idéia de parassubordinação em ROMITA, Arion Sayão. A crise da subordinação jurídica ¾ necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. São Paulo: LTr, *Revista LTr* 68(11):1287-1298, novembro, 2004. São exemplos de parassubordinados os seguintes profissionais que prestam serviços certos à empresa, sem ser empregados: o advogado, o médico, o contador. A necessária fidedignidade da empresa nestes profissionais impõe o ingrediente *intuitu personae* à labuta.

⁵ Com certa freqüência, grandes empresas, tomadoras de serviços, exigem que o trabalhador constitua firma individual para a prestação de serviços, a fim de fugir dos encargos trabalhistas e por outras razões. Agora, a Justiça do Trabalho poderá julgar os litígios entre tais contratantes e, se entender que não há fraude à relação de emprego, já poderá julgar a lide sob a ótica do direito comum, do contrato civil.

⁶ O trabalho envolve uma atividade, a prestação de um serviço (que, para efeitos da competência da Justiça do Trabalho, tem de ser em caráter pessoal) ou a fabricação de peças. O processo de fabricação das peças pelos trabalhadores (subordinados ou não) envolve relação de trabalho, enquanto a sua venda é relação civil, comercial ou de consumo. Esta distinção é importante porque, geralmente, estas duas etapas envolvem pessoas diversas e relações autônomas; quando muito, com um único sujeito comum: o tomador de serviços, que encomendara a peça e que a venderá a terceiro.

Esta cisão nas relações contratuais complexas justifica, também, por exemplo, que o trabalho desenvolvido pelo corretor de imóveis é típica relação trabalhista (não subordinada), enquanto a ocorrida entre o vendedor e o comprador do imóvel é de cunho civil: contrato de compra e venda. Afé, o corretor é simples mediador, interlocutor ou intermediário de um contrato-fim, viabilizando o encontro de vontades entre as partes.

A relação de trabalho envolverá um *facere*, e não um *dare*, exatamente porque não é um contrato de resultado nem real. Veja-se a diferença entre a obrigação de dar e de fazer: WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 36-38 (tópico 14); PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 33 (tópico 132); RODRIGUES, Sívio. *Direito Civil – parte geral das obrigações*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 34-35 (tópico 13); GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 38 (tópico 33); AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 70.

Envolve a relação de trabalho o contrato de atividade. Renato Corrado, analisando o conceito jurídico de trabalho, afirma que ele ocorre quando: 1 – uma atividade humana é desenvolvida pela própria pessoa física; 2 – essa atividade se destina à criação de um bem materialmente avaliável; 3 – surja de relação por meio da qual um sujeito presta, ou se obriga a prestar, a própria força de trabalho em favor de outro sujeito, em troca de uma retribuição (*apud* MARANHÃO, Délio, CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992, p. 7).

As zonas cinzentas, aquelas obscuras quanto à definição de relação de trabalho para efeitos do art. 114, I, CF, desde que envolva prestação de serviços, atrairão a competência da Justiça do Trabalho, por ser esta o ramo do judiciário com competência ordinária para processar as ações referentes ao trabalho em geral. Porém, se a causa de pedir for defeito do serviço, com base no Código de Defesa do Consumidor, e não havendo prestação pessoal do serviço, a questão será dirimida na Justiça Comum.

⁷ A MP 1952-24, de 26/05/2000, em constantes reedições, acrescentou um § 3º ao art. 643, com a seguinte redação: “§ 3º. A Justiça do Trabalho é competente, ainda, para processar e julgar as ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra - OGM O decorrentes da relação de trabalho.”

⁸ A possibilidade de se inserir, por lei ordinária, outras matérias na competência da Justiça do Trabalho, desde que pertinentes ao trabalho, é autorizado pelos arts. 113 e 114, IX, CF.

⁹ Antes da EC 45/2004, os agentes de Estado – fiquemos com os juízes e membros do *parquet* – eram julgados judicialmente pela Justiça Comum dos Estados (se membros estaduais) e pela Justiça Federal (se membros de órgão federal, inclusive os da Justiça do Trabalho). Com a guinada competencial, o litígio, portanto de cunho judicial, passou à alçada da Justiça do Trabalho, até mesmo porque ditos agentes cabem na idéia de *trabalhadores*, *lato sensu*, concepção esta adotada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), e porque recebem tratamento complementar de funcionários públicos. Apesar de serem trabalhadores diferenciados, altamente qualificados e exercentes de funções públicas de alto escalão, não podem deixar de receber encarados como detentores de direitos sociais genéricos (férias, salários dignos, 13º salário, tratamento digno, isonômico e sem discriminação, acesso igualitário ao cargo e aos critérios de promoção, etc.).

Permanece, de todo modo, a competência de cada Tribunal para apreciar, administrativamente, os pedidos e questões que envolverem seus integrantes, funcionários e juízes (autonomia administrativa, e função disciplinar e correicional privativas dos tribunais: arts. 96, I, e 103-B, § 4º, III, CF). Bem ainda, para julgarem penalmente os magistrados e membros do Ministério Público, em atenção ao foro privilegiado, previsto em vários dispositivos da Constituição Federal (arts. 52, II; 96, III; 102, I, b; 105, I, a; e 108, I, a, CF).

¹⁰ O principal argumento da AJUFE foi o de vício no processo legislativo. Na esteira do que já mencionamos linhas atrás, o interesse é, muito mais, o de preservar a competência para processar litígios envolvendo os servidores estatutários em geral, do que o de garantir o regime da legalidade. Não parece muito apropriado que esta atividade esteja entre os propósitos estatutários da AJUFE nem que haja o requisito da sua *pertinência* para com o *objeto* da demanda constitucional, condição para o ajuizamento da ADIn. O Min. Nelson Jobim concedeu a liminar por outros argumentos, que não o de vício no processo legislativo.

¹¹ TST/SEDI-1, ERR 189280/95-1ª Reg., Embargante: Centro Pan-Americano de Febre Aftosa – CFPA; Embargado: Fernando Alexandre; Red. desig. P/Ac. Min. José Luiz Vasconcellos, DJ 04.08.2000, p. 472.

Há mais de uma década o STF espousa esta mesma opinião: STF/Pleno, Ap. Cível 9696/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 12.10.1990, p. 11045.

¹² Vide a seguinte Ementa do STF narrando a evolução do instituto, sob a ótica trabalhista:

“Imunidade de Jurisdição. Reclamação trabalhista. Litígio entre Estado estrangeiro e empregado brasileiro. Evolução do tema na doutrina, na legislação comparada e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: da imunidade jurisdicional absoluta à imunidade jurisdicional meramente relativa. Recurso Extraordinário não conhecido. Os Estados estrangeiros não dispõem de imunidade de jurisdição, perante o Poder Judiciário brasileiro, nas causas de natureza trabalhista, pois essa prerrogativa de Direito Internacional Público tem caráter meramente relativo.

O Estado estrangeiro não dispõe de imunidade de jurisdição, perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de causa de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes do STF (RTJ 133/159 e RTJ 161/643-644).

Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em inaceitável detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar censurável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e inconciliável com os grandes postulados do direito internacional. O privilégio resultante da imunidade de execução não inibe a justiça brasileira de exercer jurisdição nos processos de conhecimento instaurados contra Estados estrangeiros.

A imunidade de jurisdição, de um lado, e a imunidade de execução, de outro, constituem categorias autônomas, juridicamente inconfundíveis, pois - ainda que guardem estreitas relações entre si - traduzem realidades independentes e distintas, assim reconhecidas quer no plano conceitual, quer, ainda, no âmbito de desenvolvimento das próprias relações internacionais. A eventual impossibilidade jurídica de ulterior realização prática do título judicial condenatório, em decorrência da prerrogativa da imunidade de execução, não se revela suficiente para obstar, só por si, a instauração, perante Tribunais brasileiros, de processos de conhecimento contra Estados estrangeiros, notadamente quando se tratar de litígio de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes. (STF/2ª T, RE 222368-AgR/PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.02.2003, p. 70).

Em caso idêntico e no mesmo sentido: STF/1ª T, AI 222368-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.03.1996, p. 9348.

¹³ Recurso ordinário. Ação rescisória. Imunidade de jurisdição. Organismo internacional. Processo de conhecimento. 1 - Decisão rescindenda que afastou a imunidade de jurisdição a organismo internacional, Entendendo competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar o feito. 2 - Já não há mais discussão na jurisprudência que os Estados estrangeiros e os organismos internacionais não gozam de imunidade de jurisdição no processo de conhecimento (Apelação Cível n. 9696-3, Rel. Min. Sydney Sanches, STF; ERR-189280/95, SBDI-I, Min. Rel. José Luiz Vasconcellos, TST). 3 - Inexistente a violação do art. 114 da CF/88 e do art. 2º do Decreto 361/91, seja porque a Constituição Federal de 1988 em nada mudou o panorama relativo à imunidade de jurisdição, tendo apenas deslocado a competência para julgar as Reclamações Trabalhistas contra entes de direito público externo da Justiça Federal comum para a Justiça do Trabalho, seja porque a jurisprudência, em seguimento à orientação do STF, caminhou em sentido diametralmente oposto ao pretendido na presente Rescisória. Ademais, se há competência para se julgar, a questão acerca do acordo internacional positivado através do Decreto 361/91 ficaria restrita à sua interpretação, atraindo o óbice do Enunciado 83/TST. Se o Estado estrangeiro não está imune, com muito mais razão um organismo internacional, que sequer é dotado de soberania. Efetivamente, recepcionados os tratados e acordos internacionais no nosso ordenamento jurídico como normas de natureza infraconstitucional, não se podem sobrepor à Constituição Federal. 4. Recurso Ordinário a que se nega provimento (TST/SEDI-2, ROAR 754813/2001-6ª Reg., Recorrente: Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura-IICA; Recorrido: Celso Luiz de Souza Pereira; Rel. Min. José Simpliciano Fernandes, DJ 05.09.2003).

¹⁴ REMESSA “EX OFFICIO”. MANDADO DE SEGURANÇA. A presente remessa “ex officio” é incabível, em face do disposto na Orientação Jurisprudencial nº 72 da SBDI-1 desta colenda Corte. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. PENHORA DA RESIDÊNCIA OFICIAL DO CÔNSUL. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO. Seguindo a orientação do STF, a jurisprudência dos Tribunais de todo o país já se pacificou no sentido de que os Estados e Organismos internacionais não gozam de imunidade de jurisdição na fase de conhecimento. No entanto, quando a questão diz respeito a execução, o tema suscita debates, quando inexistente renúncia, porque os Estados estrangeiros gozam de imunidade de execução. Na questão “sub judice” foi determinada a penhora sobre a residência oficial do Cônsul, cujo bem está integrado ao patrimônio estrangeiro e, por isso, afeto à representação consular, resultando vulnerado o direito líquido e certo do impetrante, consubstanciado no direito à imunidade de execução da qual é detentor. No caso, a execução deve ser

paralisada, a fim de que se encontrem outros bens a serem penhorados, desde que sejam eles desafetos ao Consulado (TST/SEDI-2, AGRXOFROMS 62268-2002-900-02-00, Agte: Jorival Delmiro da Silva; Agdo: Consulado Geral da República da Coréia. Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 27.02.2004). Para melhor explicitação, a decisão resumiu-se no seguinte: “Por unanimidade: I - não conhecer da Remessa “ex officio”, por incabível; II - dar provimento ao recurso ordinário para conceder a segurança pleiteada, reconhecendo a imunidade de execução do Consulado Geral da República da Coréia, e afastar a constrição determinada pela autoridade apontada como coatora, paralisando definitivamente o processo de execução, a fim de que se encontrem outros bens a serem penhorados, desde que sejam eles desafetos ao Consulado. Prejudicado o exame do agravo regimental”.

Ver, também: TST/SEDI-2, ROMS 553480/99-1ª Reg., Recorrentes: MPT/PRT-1ª Região e Consulado Geral da República da Venezuela; Recorrido: Antônio Ribeiro Dias (espólio de); Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira; DJ 04.05.2001, p. 374).

¹⁵ Cf. nossos *Fundamentos Constitucionais do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2002; *Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ABSTRACT

Constitutional Amendment Number 45/2004 broadened the jurisdiction of Labor Courts, which from now on are to be in charge of lawsuits concerning all the conflicts concerning labor relations, whether involving the public sector or private business. Such change will demand a transformation in the points of view of Labor Judges and recycling in areas like Civil, Administrative, Process and Constitutinal Law. As a consequence, Labor Prosecutors are also to face a quite larger amount of assignments.

KEYWORDS

Labor Courts. Change in jurisdiction. Labor Relations. Labor Lawsuits. Civil Servants.

CARL SCHMITT, O ESTADO TOTAL E O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Gilberto Bercovici*

RESUMO

O presente artigo busca reconstruir a argumentação exposta por Carl Schmitt a respeito da defesa da Constituição em seu célebre debate do início da década de 1930 com Hans Kelsen.

PALAVRAS-CHAVE

Carl Schmitt. Weimar. Estado Total. Defesa da Constituição. Teoria da Constituição.

O debate juspublicista dos anos da República de Weimar (1918-1933), travado entre figuras como Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend e Hermann Heller, é, até os dias de hoje, de crucial importância para o estudo das concepções de Estado e Constituição. Ao normativismo positivista de Kelsen opuseram-se várias doutrinas e concepções, cujo ponto comum era o desejo de introduzir o político na análise da ordem normativa concernente ao Estado, tentando se aproximar da realidade constitucional e política.¹

Uma das principais discussões foi a que opôs Carl Schmitt e Hans Kelsen, no debate sobre quem deveria ser o “Guardião da Constituição” (*Der Hüter der Verfassung*): um Tribunal Constitucional, nos moldes do controle concentrado de constitucionalidade (introduzido por Kelsen na Constituição austríaca de 1920), ou o Presidente da República, eleito por “todo o povo”, como propunha Schmitt². O tema desenvolvido por Carl Schmitt no livro *Der Hüter der Verfassung*, de 1931, já havia sido abordado por ele em três textos anteriores, refundidos e ampliados na nova publicação: os textos *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung* (A Ditadura do Presidente do Reich sob o Artigo 48 da Constituição de Weimar), de 1924³; *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (O Tribunal de Justiça do Reich como Guardião da Constituição), de 1929⁴; e o artigo homônimo *Der Hüter der Verfassung*, também de 1929.⁵

A primeira parte do livro é dedicada ao esforço de Carl Schmitt em desqualificar o Poder Judiciário como protetor da Constituição. Solução que era vista pela maioria dos juristas como a mais natural, seja por existir a impressão de que a Constituição precisa ser protegida do legislador, seja pela

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

influência da “solução austríaca” (*österreichischen Lösung*).⁶ Para Schmitt, esta busca pelo Guardião da Constituição no Poder Judiciário também se deve à influência do papel da Suprema Corte norte-americana, que exerce funções bem distintas das reservadas aos tribunais alemães.⁷

Schmitt destaca vários limites ao papel dos tribunais como guardiães da Constituição, como, por exemplo, o fato de todo controle judicial ser um controle *a posteriori*.⁸ Além disto, é um controle acessório, que se exercita de maneira incidental por sentenças judiciais, ou seja, é um controle difuso. A sentença judicial é, para Schmitt, a subsunção do fato à norma, subsunção esta que precisa ser determinada previamente pela lei. Desta forma, o Poder Judiciário não pode estar acima do legislador e da lei⁹. Na sua opinião, uma norma jurídica não pode ser defendida por outra norma jurídica (*ein Gesetz kann nicht Hüter eines anderen Gesetzes sein*). Esta concepção seria fruto da lógica abstrata do normativismo positivista. Na realidade, o que ocorre é a aplicação da norma a um conteúdo, ou seja, o problema é do conteúdo das normas jurídicas. Como a questão central é a determinação do conteúdo da norma, para Schmitt, este problema é da legislação, não da justiça.¹⁰

Carl Schmitt entende que o controle judicial de constitucionalidade só poderia existir em um Estado Judicialista (*Justizstaat* ou *Jurisdiktionsstaat*), em que toda a vida política fosse submetida ao controle dos tribunais. A consequência disto não seria a judicialização da política, mas a politização da justiça (*nicht etwa eine Juridifizierung der Politik, sondern eine Politisierung der Justiz*).¹¹

Muito da resistência de Carl Schmitt ao controle judicial de constitucionalidade está ligado à sua concepção de Constituição.¹² A Constituição só é válida, para Schmitt, quando proveniente de um poder constituinte e estabelecida por sua vontade. A norma vale porque está positivamente ordenada em virtude de uma vontade existente. A unidade e a ordenação de uma Constituição residem na existência da unidade política de um povo, ou seja, do Estado.¹³ Se a Constituição for considerada apenas no seu sentido formal, como Constituição escrita, ela está sendo igualada a uma série de leis constitucionais escritas. Com isso, o conceito de Constituição é relativizado, perdendo o seu significado objetivo.¹⁴ Para Schmitt, um conceito de Constituição só é possível se este for distinto da noção de lei constitucional. Este conceito é a Constituição em sentido positivo, surgida mediante ato do poder constituinte, que, por um único momento de decisão, contém a totalidade da unidade política.¹⁵ A Constituição, portanto, vale em virtude da vontade política existente tomada pelo poder constituinte. As leis constitucionais, ao contrário, valem com fundamento na Constituição. Toda lei, inclusive a constitucional, para ser válida, necessita, em última instância, de uma decisão política prévia, adotada por um poder politicamente existente. A essência da Constituição não está contida em uma norma jurídica: fundamentando toda normatização existe uma decisão política do poder constituinte.¹⁶

Descartada, para Schmitt, a possibilidade de o Poder Judiciário ser o guardião da Constituição, ele passa a analisar a segunda hipótese: o Parlamento. A autonomia da religião e da vida privada garantidas pela neutralidade do Estado Liberal, segundo Schmitt, é resultado da separação existente entre Estado e sociedade. O Estado Liberal é um Estado dualista, dividido entre Governo e Legislativo, que se torna cada vez mais um Estado Legislativo (*Gesetzgebungsstaat*), com o primado do Parlamento sobre os demais poderes políticos.¹⁷ Paradoxalmente, para Carl Schmitt, este Estado Liberal Legislativo é um Estado antipolítico. O conceito de Constituição do Estado de Direito, segundo Schmitt, é um conceito ideal de Constituição. O processo histórico de formação das Constituições modernas favoreceu este conceito, idealizado no século XVIII, que entende como Constituição apenas aquelas que garantem as liberdades burguesas. A consequência disto, em sua opinião, é a retirada do político da teoria e prática constitucionais. Deste modo, Schmitt afirma que o Estado de Direito só pode integrar uma parte da Constituição total do Estado. A outra parte da Constituição total é a que contém a decisão sobre a forma de decisão política. Assim, na sua opinião, a separação de poderes e os direitos fundamentais não fariam parte do conteúdo político essencial da Constituição.¹⁸

Com a consolidação da democracia de massas, Schmitt afirma que o parlamentarismo torna-se inviável, pois não há nenhuma força política capaz de se colocar acima das forças sociais que se digladiam no Parlamento.¹⁹ A fé no parlamentarismo é fruto do liberalismo, não da democracia. A característica essencial da democracia, segundo Carl Schmitt, é a homogeneidade do povo. A democracia de massas tenta realizar a identidade entre governantes e governados, provocando o fim do dualismo liberal entre Estado e sociedade: o Estado passa a ser a auto-organização da sociedade.²⁰

Ao mesmo tempo em que se manifesta a democracia de massas e a contradição entre a unidade e homogeneidade do povo e o pluralismo do Parlamento, os postulados liberais de neutralidade e não intervenção do Estado são abandonados. O Estado deixa de ser Liberal para converter-se em um Estado Total.²¹ No Estado Total existente na Alemanha de Weimar²², os partidos políticos inviabilizam a tomada de decisões, além do fato de, para Schmitt, a regulação econômica e social ser incompatível com instituições do liberalismo, como as do sistema parlamentarista.

A “ocupação pluralista” do Estado faz com que não haja qualquer direção, integridade ou unidade na política econômica, ou seja, o Parlamento é incapaz de lidar com as crises econômicas, quanto mais ser o Guardião da Constituição.²³ Para Carl Schmitt, apenas o Poder Executivo, na figura do Presidente do Reich, dotado dos poderes discricionários previstos no artigo 48 da Constituição de Weimar²⁴, será capaz de tomar as decisões necessárias para solucionar o *Wirtschaftsnotstand* (estado de emergência econômico).²⁵ Apenas com uma autoridade política estável e situada fora da luta dos

partidos políticos e demais forças sociais poderia voltar a ser garantida a “esfera livre” da religião e da vida privada, por meio das “garantias institucionais” (*institutionelle Garantien*).²⁶

Para Carl Schmitt, as violações da Constituição podem ser solucionadas por um poder político máximo, situado acima de todos os outros (que seria, no caso, o soberano do Estado), ou por um órgão que não é superior aos outros, mas tem a função de coordenar os poderes, ou seja, um *pouvoir neutre*. Este “poder neutro, mediador, regulador e tutelar” (*neutralen, vermittelnden, regulierenden und bewahrenden Gewalt*) está no mesmo nível de todos os poderes constitucionais, embora tenha atribuições especiais para garantir o funcionamento dos demais poderes e da própria Constituição. Este poder deve ser neutro exatamente para não fortalecer um dos poderes existentes. Segundo sua interpretação da Constituição de Weimar, este poder neutro é o do Presidente do Reich, independente do Parlamento, eleito por toda a nação e dotado dos poderes especiais do artigo 48 da Constituição.²⁷

Carl Schmitt ainda afirma que o Presidente do Reich não representa apenas um poder neutro, mas tem também uma função de integração política, nos termos de Rudolf Smend, pois representa o Estado todo, em contraposição ao pluralismo do Parlamento. A unidade política do Estado, para Schmitt, está representado pelo Presidente, eleito por toda a nação.²⁸ A independência do Presidente do Reich em relação aos partidos é, segundo Schmitt, uma independência política, não apolítica, como a de um juiz. Esta independência assegura uma participação autônoma e positiva do Presidente na orientação ou influência sobre a vontade política, superando os métodos desintegradores do Estado pluralista de partidos. Schmitt enfatiza esta independência do “sistema plebiscitário” (Presidente) frente ao sistema parlamentar na Constituição de Weimar.²⁹

O Presidente do Reich, para Schmitt, poderia conduzir a política independentemente dos partidos, na medida que as tendências pluralistas dificultassem ou impossibilitassem o funcionamento normal do Estado Legislativo. Ao invés de apoiar a instituição de um Tribunal Constitucional³⁰ para decidir sobre as questões políticas e constitucionais, Schmitt afirma que a solução está prevista no próprio texto da Constituição de Weimar: o guardião da Constituição é o Presidente do Reich (*Nach dem vorliegenden Inhalt der Weimarer Verfassung besteht bereits ein Hüter der Verfassung, nämlich der Reichspräsident*). Sua estabilidade e permanência relativas (mandato de sete anos, independência das maiorias parlamentares) e suas atribuições tinham, segundo Schmitt, o objetivo de criar uma instituição neutra, protetora e garantidora do sistema constitucional e de seu funcionamento e que, em caso de necessidade, teria atribuições eficazes (as do artigo 48 da Constituição de Weimar) que permitiriam sua atuação na defesa ativa da Constituição.³¹

O papel do Presidente do Reich como guardião da Constituição, para Carl Schmitt, também corresponderia ao princípio democrático da Consti-

tuição de Weimar, pois ele era eleito diretamente por todo o povo alemão. Deste modo, o Presidente era o centro de um sistema plebiscitário e capaz de fazer frente ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos representados no Parlamento. Ou seja, segundo Schmitt, o Presidente do Reich não garantiria apenas a Constituição, mas também a unidade do povo alemão como conjunto político. O Presidente seria o protetor e o guardião da unidade da Constituição e da integridade da nação.³²

A posição de Carl Schmitt, ao reforçar o poder presidencial em detrimento do Parlamento, como atestam os últimos gabinetes de Weimar (Brüning, Papen e Schleicher), nomeados pelo Presidente Hindenburg à revelia das maiorias parlamentares, ajudou a gerar a crise política final do regime democrático, que desembocaria no nazismo.³³ Apesar disto, as colocações de Schmitt, especialmente no livro *Der Hüter der Verfassung*, têm o mérito de chamar a atenção para a grande questão, até hoje não resolvida, do controle de constitucionalidade e da “guarda” da Constituição: as relações entre a defesa da Constituição e o sistema democrático. No fundo, tanto faz se o Guardião da Constituição é um Tribunal Constitucional, o Presidente da República ou o Parlamento. O problema surge, segundo Pablo Lucas Verdú, quando os órgãos de controle de constitucionalidade não se limitam mais a defender e a interpretar, como instância máxima, a Constituição, mas passam a assenhorear-se dela, ou, nas suas palavras: “*não se reduzem a ser o Hüter da Constituição, mas pretendem-se o Herr da mesma*”.³⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANABITARTE, Alfredo Gallego. La Discusión sobre el Método en Derecho Público durante la Republica de Weimar (Ciencias del Espíritu y Método Jurídico). *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 46, Janeiro/Abril de 1996, p. 24-25.

ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, reimpr. 14. aufl. Aalen: Scientia Verlag, 1987.

BERCOVICI, Gilberto. Entre Institucionalismo e Decisionismo. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 62, mar/2002, p. 191-3.

BREUER, Stefan. *Anatomie de la Révolution Conservatrice*. Paris: Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1996.

BUENO, José Antonio Pimenta. Marquês de São Vicente. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 201-213.

CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*. 2. ed. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1872, v. 1.

DYZENHAUS, David. *Legality and legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1999.

FRIEDRICH, Manfred. *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

GARCÍA, Pedro de Vega. El tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, jan./jun. 1998, p. 75-77 e 83-84.

GUSY, Christoph. *Die Weimarer Reichsverfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1997.

KELSEN, Hans. Chi Dev'Essere il Custode della Costituzione? *La Giustizia Costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1981.

_____. *Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.

_____. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, Band VI (1930/1931), Berlin/Grunewald: Dr. Walter Rothschild, 1930-1931.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Justiça constitucional e democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, n. 8, jan./jun. 1996, p. 81-101.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n. 58, nov/2000, p. 183-202.

MOMMSEN, Wolfgang. *Max Weber et la politique allemande: 1890-1920*. Paris: PUF, 1985.

SCHEUERMAN, William E., *Carl Schmitt: The end of law*. Lanham/New York/Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

SCHMITT, Carl *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

_____. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 16.

_____. *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

_____. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. 8. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

_____. *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben – Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, Berlin/Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, vol. 1.

_____. *Il Custode della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981.

_____. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.

_____. *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

_____. *Verfassungslehre*. 8. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

_____. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

_____. *Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland. Europäischen Revue*, fev. 1933.

SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

SOUSA, Paulino José Soares de. Visconde do Uruguay. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la encrucijada (palingenesia iuris politici)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

¹ Vide ANABITARTE, Alfredo Gallego. La Discusión sobre el Método en Derecho Público durante la Republica de Weimar (Ciencias del Espíritu y Método Jurídico). *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 46, jan./abr. 1996, p. 24-5 e FRIEDRICH, Manfred. *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 320-76. Sobre a importância e atualidade do debate de Weimar para as Teorias do Estado e da Constituição contemporâneas, vide GARCÍA, Pedro de Vega. El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, jan./jun. 1998, p. 75-7 e 83-8.

² Os textos principais deste debate são o livro de Carl Schmitt: *Der Hüter der Verfassung* (4. Aufl. Berlin, Duncker & Humblot, 1996), cuja edição original é de 1931 (há traduções espanhola e italiana: SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983 e SCHMITT, Carl. *Il Custode della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981); e o texto, escrito em resposta ao livro de Schmitt, de Hans Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, Band VI (1930/1931), Berlin/Grunewald, Dr. Walter Rothschild, 1930-1931, p. 576-628 (há, também, traduções espanhola e italiana: KELSEN, Hans. *Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995 e KELSEN, Hans. Chi Dev'Essere il Custode della Costituzione? In: *La Giustizia Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 229-291).

³ Este texto foi apresentado na reunião da *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Associação dos Professores Alemães de Direito Público), em Jena, no ano de 1924, e republicado como apêndice ao livro de Schmitt sobre a Ditadura. Vide SCHMITT, Carl. *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 211-57.

⁴ Publicado na obra coletiva *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben – Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, Berlin/Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, v. 1, p. 154-78 e republicado na coletânea SCHMITT, Carl. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 63-109.

⁵ Publicado na revista *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 16, p. 161-237, mar/1929.

⁶ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 3-11.

⁷ *Id. Ibidem*, p. 12-16.

⁸ *Id. Ibidem*, p. 26-27.

⁹ *Id. Ibidem*, p. 18-22.

¹⁰ *Id. Ibidem*, p. 39-45.

¹¹ *Id. Ibidem*, p. 22.

¹² *Id. Ibidem*, p. 22, 53-54 e 60-70.

¹³ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 8. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 9-10.

¹⁴ *Id. Ibidem*, p. 16 e 18-20.

¹⁵ *Id. Ibidem*, p. 20-22.

¹⁶ *Id. Ibidem*, p. 20-25.

¹⁷ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 73-91.

¹⁸ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, cit., p. 37-41, 125-128 e 219-220.

¹⁹ SCHMITT, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. 8. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 10-13.

²⁰ *Id. Ibidem*, p. 13-23.

²¹ Sobre esta passagem do Estado Liberal ao Estado Total, Carl Schmitt publicou o artigo “Die Wendung zum totalen Staat”, também em 1931, reproduzido às páginas 73-91 do livro *Der Hüter der Verfassung* e no livro: SCHMITT, Carl. *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 166-178. Para uma análise desta passagem, vide William E. SCHEUERMAN, *Carl Schmitt: The End of Law*, Lanham/New York/Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, p. 86-90.

²² Schmitt vai estabelecer a distinção entre Estado Total Quantitativo e Estado Total Qualitativo no texto “Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland”, publicado na *Europäischen Revue* de fevereiro de 1933 (elaborado, portanto, antes da ascensão de Adolf Hitler ao poder, em 30 de janeiro de 1933), e republicado no livro SCHMITT, Carl. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, cit., p. 359-366. O Estado Total Quantitativo (*total in einem rein quantitativen Sinne, im Sinne des bloßen Volumens, nicht der Intensität und der politischen Energie*) é um Estado fraco. Apesar de intervir em todos os setores da vida social, o faz de maneira inefetiva, pois seu pluralismo o impede de tomar as decisões necessárias. Este é o Estado Total existente na democracia da República de Weimar. Já o Estado Total Qualitativo (*total im Sinne der Qualität und der Energie*), cujo exemplo concreto é o Estado Fascista italiano, é um Estado forte, que busca a unidade política de todo o povo. Neste Estado, o alcance objetivo da atuação do Estado é secundário em relação à sua efetividade e coerência, que faz a distinção necessária entre amigo e inimigo para garantir a homogeneidade do povo. Sobre esta distinção, vide, ainda: DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1999, p. 80-83 e SCHEUERMAN, William E. *Carl Schmitt: The end of law cit.*, p. 102-104.

²³ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 91-4.

²⁴ Texto do artigo 48 da Constituição de Weimar:

“Quando um Estado (Länd) não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode obrigá-lo com ajuda da força armada.

Quando, no Reich alemão, a ordem e a segurança públicas estão consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o Presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o reestabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive com ajuda da força armada caso necessário. Para tanto, pode suspender temporariamente, em todo ou em parte, os direitos fundamentais consignados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o Presidente do Reich deverá dar conhecimento ao Parlamento. A pedido deste, tais medidas se tornarão sem efeito.

O Governo de um Estado poderá aplicar provisoriamente as medidas expressas no parágrafo 2º deste artigo quando o atraso em adoptá-las implique perigo. Tais medidas se tornarão sem efeito a pedido do Presidente do Reich ou do Parlamento.

Os pormenores serão regulamentados por uma lei do Reich”.

Segundo Carl Schmitt, o artigo 48 da Constituição de Weimar consistia em uma combinação dos conceitos de ditadura comissária (*kommisarische Diktatur*), ou seja, uma ditadura de ação incondicionada de um poder constituído, e de ditadura soberana (*souveränen Diktatur*), uma ditadura de ação incondicionada do poder constituinte. Neste sentido, vide SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*, cit., p. 143 e 197-200. Para o comentário clássico sobre o artigo 48 da Constituição de Weimar, vide ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, reimpr. 14. Aufl. Aalen: Scientia Verlag, 1987, p. 267-300. Para uma análise atual, vide: GUSY, Christoph. *Die Weimarer Reichsverfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1997, p. 107-15.

²⁵ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 115-31.

²⁶ Para a crítica da concepção schmittiana de “garantias institucionais”, vide BERCOVICI, Gilberto. Entre Institucionalismo e Decisionismo. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 62, p. 191-3, mar./2002.

²⁷ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung* cit., p. 132-40. Para a concepção de um *pouvoir neutre*, cujo objetivo é a coordenação e cooperação entre os demais poderes do Estado, buscando manter a ordem e a liberdade, sem preocupação com as paixões políticas, vide: CONSTANT, Benjamin. *Principes de Politique*. In: *Cours de Politique Constitutionnelle*. 2. ed. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1872, v. 1, p. 18-29 e CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les Constitutions et les Garanties*. In: *Cours de Politique Constitutionnelle*, cit., v. 1, p. 177-93. A teoria de Constant é a inspiradora do Poder Moderador instituído pela Constituição brasileira de 1824 (e pela Constituição portuguesa de 1826). Para a análise do Poder Moderador, “chave da organização política”, na Constituição do Império, de 1824, vide BUENO, José Antonio Pimenta. Marquês de São Vicente. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 201-13 (comentário aos artigos 98 a 101 e 142 a 143 da Carta de 1824) e SOUSA, Paulino José Soares de. Visconde do Uruguay. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862, tomo 2, especialmente o capítulo XXVIII, p. 35-114. Vide, também: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 317-22. Carl Schmitt cita expressamente uma tradução francesa do artigo 98 da Constituição brasileira de 1824. Vide SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., nota 1, p. 133.

²⁸ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 141-49. Sobre a noção de “integração funcional” (“*Funktionelle Integration*”), vide SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 148-60.

²⁹ Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 156-8.

³⁰ Segundo Schmitt, um Tribunal Constitucional não seria um poder neutro, mas um tribunal político que, além de tudo, seria contrário ao princípio democrático, pois criaria uma “aristocracia de toga” (*Aristokratie der Robe*). Cf. SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 153-6.

³¹ *Id. Ibidem*, p. 158-159.

³² *Id. Ibidem*, p. 159. Sobre a influência da concepção de liderança carismática de Max Weber na interpretação de Carl Schmitt do papel do Presidente do Reich como Guardião da Constituição, vide Wolfgang MOMMSEN, *Max Weber et la Politique Allemande, 1890-1920*. Paris: PUF, 1985, p. 477-86.

³³ BREUER, Stefan. *Anatomie de la Révolution Conservatrice*. Paris: Éditions de la Maison des Sciences de l’Homme, 1996, p. 185-96. Segundo Breuer: “Schmitt, après coup, a prétendu que ses propositions avaient été <<une tentative désespérée>> de sauver le système présidentiel, <<la dernière chance de la Constitution de Weimar>>; mais on lui répondra que c’est précisément ce système présidentiel qui, en raison de l’attitude de sa direction (elle était tout sauf neutre), avait instauré cette situation dans laquelle des partis armés de guerre civile pouvaient remettre en question le cœur de l’État, à savoir le monopole de la violence physique légitime, et ce avec d’autant plus de succès que la direction de la Reichswehr, au cours de ses simulations s’aperçut au cours de l’été 1932 qu’elle ne pourrait pas faire face à une guerre civile. Un président qui ne voyait aucun inconvénient à être membre d’honneur d’une ligue aussi ouvertement antirépublicaine que le Stahlhelm, qui contribuait de manière décisive à saper la formation du gouvernement par la voie parlementaire et qui, au bout du compte, congédiait Brüning pour satisfaire aux intérêts des propriétaires fonciers qui lui étaient proches alors que Brüning avait engagé le combat

contre la SA, un tel président pouvait difficilement passer pour de pilier et le sauver du régime que déplaçait Schmitt. Il fut au contraire l'une des causes principales de la situation dans laquelle on avait irrémédiablement sombré à l'été 1932. Schmitt a peut-être essayé, au dernier moment, de changer de cap et de parer la menace de dictature d'un parti en instaurant une dictature présidentielle souveraine. Mais le fait que cette tentative ait eu lieu dans des circonstances où elle n'avait que peu de chances de réunir était justement une conséquence de ce système pour lequel Schmitt avait tant travaillé" Idem, p. 192-3.

³⁴VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994, p. 75-6. Para o debate atual sobre as tensas relações entre democracia e jurisdição constitucional, vide MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n. 58, p. 183-202, nov/2000; e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Justiça constitucional e democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, n. 8, p. 81-101, jan./jun. 1996.

ABSTRACT

This article attempts to rebuild the reasoning presented by Carl Schmitt regarding the defense of the Constitution in his well-known debate on the subject held with Hans Kelsen at the beginning of the Thirties.

KEYWORDS

Carl Schmitt. Weimar. Total State. Defense of the Constitution. Theory of the Constitution.

RÉSUMÉ

Cet article cherche de reconstruire l'argumentation exposée par Carl Schmitt par rapport à la défense de la Constitution dans son célèbre débat au début des années 30 avec Hans Kelsen.

MOTS-CLÉS

Carl Schmitt. Weimar. État Totale. Défense de la Constitution. Théorie de la Constitution.

COBRANÇA DE IPTU SOBRE TÚMULOS E SIMILARES

Gladston Mamede*

1 Introdução. 2 Base normativa. 3 Inadequação à autorização legal. 4 Ausência de característica urbana. 5 Ausência de Propriedade, Domínio Útil ou Posse. 6 Ausência de Valor Econômico. 7 Imoralidade da Exigência. 8 Conclusão.

RESUMO

Cuida-se de trabalho em que o autor, buscando elementos jurídicos e metajurídicos, preocupa-se em analisar a juridicidade da cobrança de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) sobre túmulos e similares.

PALAVRAS-CHAVE

IPTU. Moralidade. Propriedade. Domínio útil. Posse. Túmulo.

1 INTRODUÇÃO

As Fazendas Públicas de alguns Municípios brasileiros exigem o recolhimento do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana sobre a titularidade de espaços destinados à inumação de cadáveres, ou seja, sobre sepulturas. O objetivo deste trabalho é analisar essa prática – e a exegese constitucional e legal que busca sustentá-la –, demonstrando sua inconformidade com o Direito.

2 A BASE NORMATIVA

A vigente Constituição da República, em seu art. 156, I, autoriza os Municípios a instituir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Tal autorização constitucional recepcionou o art. 32 do Código Tributário Nacional que no plano infraconstitucional, dá regulamentação à hipótese de incidência tributária, a prever a tributação de relação jurídica que caracterize propriedade, domínio útil ou posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil.

Sobre o IPTU, anota José Afonso da Silva, em trabalho que, embora vetusto, não perde a sua atualidade tratar-se de “imposto é sobre a propriedade”, sendo que “o *predial e territorial urbano* são circunstâncias objetivas do fato gerador, que distinguem objetivos de incidência do imposto”.¹ As-

* Bacharel e Doutor em Direito pela UFMG. Professor Titular do Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais.

sim, embora haja uma só licença constitucional, anotada no art. 156, I, da Carta, poder-se-ia concluir dois objetos distintos que dão margem à incidência do tributo: (1º) a propriedade de terreno e (2º) a propriedade de prédio. Em ambas as hipóteses, é indispensável que o objeto da relação de direito real (terreno ou prédio) estejam localizadas na zona urbana, diferenciando-se da hipótese autorizada no art. 153, VI, da Constituição, referente à propriedade territorial rural.

Volvendo os olhos para o Código Tributário Nacional, será indispensável concluir que a característica urbana do objeto da relação de direito real que se pode tributar não é meramente geográfica. Afinal, exige-se que o objeto da propriedade esteja situado em região onde existam pelo menos duas qualidades de melhoramentos entre as cinco arroladas pelo § 1º do art. 32 do CTN, a saber: (I) meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; (II) abastecimento de água; (III) sistema de esgotos sanitários; (IV) rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; e (V) escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de três quilômetros do imóvel considerado. Ainda segundo o CTN, a base de cálculo do tributo é o valor venal do imóvel, sem que sejam considerados, para tanto, o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade (art. 33, parágrafo único, CTN). Por fim, é considerado contribuinte, segundo o art. 34 do mesmo diploma, o proprietário do imóvel (aplica-se, aqui, os artigos 524 e seguintes do Código Civil), o titular do seu domínio útil (de acordo com o que se encontra disposto nos arts. 678, 683, 686, 818, IV, 858 e 861 do Código Civil) ou o seu possuidor a qualquer título (deve-se aplicar os artigos 485 e seguintes do Código Civil).

Como facilmente se constata, não se encontra, na imediata definição jurídica do tributo comentado, a solução para o problema aqui analisado. Em fato, ao exigir o recolhimento de IPTU sobre os túmulos, a Fazenda Municipal parte de uma interpretação das normas acima elencadas, concluindo tratar-se de uma situação que se insere na hipótese de incidência. O problema, vê-se, não se coloca no plano do que Sacha Calmon Navarro Coelho chama de *potestade legislativa e regulamentar*, já que não está posicionado na face legislativa do poder de tributar; coloca-se, isto sim, no plano do que o autor chama de *potestade administrativa*, onde o poder de tributar apresenta-se como (1º) interpretação das normas autorizativas e (2º) imposição e cobrança de tributo². Porém, nestes sítios, “a administração fiscal deve agir *secundum legem*, sem desvio ou excesso de poder”³, o que conduz à necessidade de se verificar se o seu comportamento (1º) hermenêutico e (2º) de aplicação normativa atendem aos princípios jurídicos. Afinal, “o tributo há de ser cobrado mediante atividade administrativa *plenamente vinculada*”, nunca arbitrária (“em cujo desempenho a autoridade não sofre qualquer limite”)⁴. Vale dizer,

a autoridade administrativa não pode preencher com seu juízo pessoal, subjetivo, o campo de indeterminação normativa, buscando realizar em cada caso a finalidade da lei. Esta deve ser minudente, prefigurando com rigor e objetividade os pressupostos para a prática dos atos e o conteúdo que estes devem ter. [...] Nada fica a critério da autoridade administrativa, em cada caso.

A lacuna – ou indeterminação – normativa, como se constata, não traduz uma licença para que o Fisco Municipal possa estender a imposição tributária para onde bem quiser. Não poderá, por exemplo, aproveitar a equiparação legal dos navios aos imóveis para tributar embarcações. Há limites, para fora dos quais não se pode estender o poder de exigência tributária. Destarte, é indispensável explorar a relação havida entre a previsão legal de um imposto que incida sobre a propriedade predial e territorial urbana e a pretensão de fazê-lo alcançar cemitérios e sepulturas.

3 INADEQUAÇÃO À AUTORIZAÇÃO LEGAL

A interpretação construída pelas Fazendas Municipais é bem simples – ou, talvez, seja mesmo simplória: túmulos são espaços físicos destinados à inumação dos corpos daqueles cuja vida se findou. Esses espaços possuem, por exigência legal, um registro e um proprietário que, portanto, está obrigado ao pagamento do IPTU. A simplicidade do raciocínio, porém, é enganosa. Abandona diversos aspectos da mais alta relevância.⁶ E, quando se destina ao problema aqui examinado o olhar minucioso da Ciência Jurídica, percebe-se com facilidade não haver adequação no comportamento do Fisco Municipal.

Logo de início, ainda no plano dos conceitos, a pretensão mostra sua fragilidade. Tome-se por referência o magistério de José Afonso da Silva: “como em razão dessa distinção do objeto de incidência, torna-se possível dar tratamento político-fiscal diverso, quando o imposto incide sobre a propriedade predial ou quando recai sobre terrenos, pareceu-nos conveniente separá-los para estudá-los distintamente”.⁷ Neste sentido, mesmo reconhecendo uma “unidade tributária” ou “unidade de imposto”, a partir da “identidade dos elementos essenciais do fato gerador, da base de cálculo e do contribuinte”,⁸ o renomado constitucionalista produz análises em separado do que denomina “imposto sobre a propriedade territorial urbana” e “imposto sobre a propriedade predial urbana”, hipóteses a justificar, inclusive, alíquotas distintas.⁹

Esse corte contém em si a própria história do imposto; é o que ensina Hugo de Brito Machado:

A Constituição de 1934 [...] colocou na competência dos Municípios o imposto predial, que arrolou juntamente com o

territorial urbano, considerando-os dois impostos diferentes e determinando que o primeiro fosse cobrado sob a forma de décima ou cédula de renda (art. 13, § 2º, II). Na Constituição de 1937 também foi feita distinção entre imposto predial e territorial. Aos Estados foi atribuído o imposto sobre a propriedade territorial, exceto a urbana (art. 23, inc. I, letra “a”). Já aos Municípios foi atribuída competência para instituir o imposto predial e o territorial urbano. A partir da Constituição de 1946 parece ter havido uma unificação desses impostos, que passaram a integrar um só, com o nome de imposto predial e territorial urbanos (art. 24, II).

Essa distinção entre as hipóteses de incidência, lembra Contreiras de Carvalho, seguia tendências encontradas no Direito comparado:

Em época remota, muitos países já tributavam essas duas espécies de propriedade. Assim, quanto à primeira, era o imposto territorial denominado, na França, *impôt foncier*; na Itália, *imposta sui terrini*; na Inglaterra, *land-tax*, e na Alemanha, *Grundsteuer*. Já o imposto predial tinha, na França, a denominação de imposto de portas e janelas (*impôt de portes et fenêtrés*); na Itália, imposto sobre construções (*sui fabbricati*); na Alemanha, imposto sobre edifícios (*Gebaudesteuer*) e, finalmente, na Inglaterra, *direitos sobre habitações* (*inhabited-house duty*).

Todas essas notas deixam bem claro serem dois os fatos geradores do IPTU: (1) a propriedade territorial (de terrenos) e (2) a propriedade predial (de construções, edificações). Pois bem, é pertinente submeter a questão à situação examinada e questionar: o túmulo é um terreno ou um prédio? Haveria uma distinção de tratamento fiscal entre sepulturas sem monumentos funerários daquelas em que há monumentos funerários, dos mais singelos, por alguns chamados carneiros, aos mais trabalhados, as denominadas criptas? Essas e muitas outras perguntas poderiam ser feitas e, mais do que as respostas, importa atentar para a própria dúvida, cuja existência leva a uma constatação óbvia: é no mínimo desrespeitoso, e chega a avançar pelas raias do absurdo, pretender submeter os cemitérios aos critérios adotados que permitem a incidência do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana.

Mas se buscarmos as respostas para aquelas perguntas, a dúvida se transformará numa certeza: túmulos não são propriedades prediais ou territoriais urbanas, nos termos das normas autorizadas constitucional e legal. Com efeito, não se poderia falar em terreno, pois, ainda segundo José Afonso da Silva, haveria “uma circunstância objetiva contida na palavra *terreno* (propriedade de terreno, não de outra coisa), que o separa do imposto sobre propriedade predial”; e essa circunstância objetiva é estar “o solo sem benfeitorias ou edificações”.¹² Terreno, portanto, é a terra nua, sem

intervenção útil do ser humano ou melhor, que aguarda a intervenção útil do ser humano. No túmulo, porém, já houve uma intervenção humana.

Dir-se-ia, então, tratar-se de um prédio. Mas aqui, uma outra vez mais, não se vê com perfeição subsumir-se a situação à definição legal. Volto a José Afonso da Silva:

a palavra predial refere-se a *edifícios*. Importa, para caracterização de seu fato gerador, a existência de imóvel edificado. Considera-se tal o terreno com as respectivas construções ou edificações permanentes, que sirvam para habitação, uso, recreio ou para o exercício de qualquer atividade,¹³ seja qual for sua forma ou seu destino aparente ou declarado.

Como facilmente se constata, não é confortável a submissão de um túmulo a tal definição. Ainda que se possa, não sem deixar alguns tipos de sepultura (e cemitérios) de fora, defini-lo como *construção ou edificação permanente*, não há habitação, recreio ou atividade; sua utilização é excepcional: usam-nos os mortos, pois ali se guardam seus restos materiais, o que é – e deve ser – suportado por sua família, os entes que lhes querem bem e que para tanto estão obrigados pela moral e pelos bons costumes, ainda que na contramão de uma sociedade de consumo, alienada e em visível e avançado processo de degeneração.

Em suma: a sepultura é algo diferente de uma propriedade. Mais: por seu papel e sua função dentro da sociedade, o túmulo é algo diferente de um prédio ou de um terreno. O túmulo é um ônus, assim como a morte. Um ônus para os vivos, que a temem, que a sofrem e que a suportam em relação aos entes queridos.

4 AUSÊNCIA DE CARACTERÍSTICA URBANA

Por outro ângulo, não deixa de ser relevante observar que, para os fins a que se destinam os cemitérios, de nenhuma valia possuem os melhoramentos indicados no § 1º do art. 32 do Código Tributário Nacional. Aos mortos, meio-fio ou calçamento, abastecimento e canalização de águas e esgotos, iluminação pública, com ou sem posteamento, além de escolas e postos de saúde de nada adiantam, razão pela qual em diversos municípios o cemitério dista alguma caminhada do aglomerado urbano.

Ressalte-se, aqui, que os elementos colocados no supracitado art. 32, § 1º, do CTN não exercem uma função meramente formal: não são elementos desprovidos de razão, cuja mera presença satisfaz o requisito de contexto urbano para a imposição da obrigação tributária¹⁴. Os elementos ali elencados deixam patente a necessidade de uma atuação útil ao uso (efetivo ou potencial) do imóvel, marcando uma expressa necessidade de contraprestação na atuação do Poder Público. Porém, aqueles elementos de

urbanismo são de todos inoperantes no que alude aos cemitérios, certo que estes não dependem de urbanismo. Pelo contrário, são por si só – e isoladamente – elementos civilizantes, áreas de preservação da qualidade de vida, nos seus planos sanitário, moral e espiritual. Os cemitérios não se beneficiam (efetiva ou potencialmente) da urbanidade; são um ônus da urbanidade.

Essa particularidade aponta, como tantos outros elementos, na mesma direção: cemitérios não são terrenos nem são prédios urbanos; também não são terrenos rurais. São terra sagrada, destinada a um fim santo que é suportado como um ônus social. Sua destinação específica - e insólita, no plano usual do emprego da terra (seja rural, seja urbano) -, coloca os cemitérios à margem de uma tributação que tem por objeto a propriedade imóvel pura e simples.

Ao se destinar um pedaço de terra para a inumação, não há mais falar em propriedade imóvel, pois seus elementos não estão completos. Não há pleno poder de gozo e de fruição; não há pleno poder de alienação, nem plena liberdade para se gravar de ônus. A sepultura está separada, no meio social, para uma finalidade específica e incontornável. Nem é propriedade ou posse. Não se aliena, não comporta plena fruição.

5 AUSÊNCIA DE PROPRIEDADE, DOMÍNIO ÚTIL OU POSSE

Em outra frente a impropriedade da exigência se manifesta: para que haja tributação é indispensável haver propriedade, domínio útil ou posse. E, por óbvio, que tais relações sejam plenas, permitindo, assim, a exação.

Ora, se voltarmos nossos olhos para a *Lei Civil*, colocada pelo legislador como requisito necessário à definição legal das hipóteses de incidência do tributo comentado, vê-se que um cemitério não é um terreno passível de propriedade, domínio útil ou posse, no sentido completo e mais adequado de tais conceitos. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, os direitos reais (*iura in re*) “traduzem uma dominação sobre a coisa, atribuída ao sujeito, e oponível *erga omnes*”.¹⁵ Essa dominação, nos termos do art. 524 do Código Civil, assegura ao proprietário “o direito de usar, gozar e dispor de seus bens”. Tal, porém, não ocorre nas hipóteses de terrenos destinados ao enterramento de pessoas, onde não há falar em liberdade para o uso ou gozo: tais locais, por sua função, possui fim específico, alheio às livres disposições de vontade dos seres humanos, atrelados que estão às obrigações religiosas, ou, no mínimo, culturais de respeito e guarda dos mortos, cuja importância é tamanha que culmina com uma proteção penal correspondente.

Em verdade, não se pode pretender que terrenos destinados ao sepultamento constituam propriedade territorial ou predial urbana: essas “cidades dos mortos” (*necropolis*, no grego) não são imóveis cuja propriedade, domínio útil ou posse comportem livre disposição; não há ampla liberdade de uso e gozo. Tais locais cumprem uma função sagrada (daí a denominação “solo santo”), como bem frisou Rui Barbosa:

Nada mais pio, mais repassado da poesia da imortalidade do que este culto aos mortos, mais antigo, na raça indo-européia, do que a concepção do Indra indostânico e do Zeus grego, essa religião dos túmulos coeva da primeira idade da raça ariana, que, através das crenças ridentes do Olimpo helênico, estendeu sua influência até o berço do cristianismo; que, no começo, fazia de cada antepassado um nume, de cada lápide uma ara, de cada sepulcro um santuário.

Roberto Lyra, comentando tal passagem, destaca que tais palavras “mostram que o culto aos mortos não pertence, originariamente, a determinada religião, nem está ligada sempre ao sentimento religioso”. Prossegue:

o Código Penal vigente, como o italiano, reúne, no mesmo título (n. V), os bens jurídicos – sentimento religioso e respeito aos mortos – classificando-os crimes contra um e outro como *species* do mesmo *genus* [...]. É inegável o respeito dedicado aos mortos pelas religiões em geral, mas tal respeito não tem sempre fundo religioso. ‘*Les mortes vont vite...*’ sim, mas para os incapazes de buscar e apreender os sons, as imagens, os vestígios de cada existência. Destacados ou não pela História, perduram todos na comunhão das presenças acumuladas, eternamente, no espaço. [...] O tempo não diminui a saudade, mas apenas muda o seu lugar dentro de nós, removendo-a da fachada teatral para os alicerces mais profundos.

Todas essas particularidades, narradas com fascinante poesia, acabam por demonstrar o óbvio: cemitério são espaços *sui generis*. Não há propriedade, domínio útil ou posse, no sentido pleno que tais institutos possuem no Direito. Retornemos a Rui Barbosa:

o cemitério, como cemitério, não pode constituir propriedade individual. Esta, na plenitude de sua existência, supõe duas condições essenciais: o direito de transformação e o direito de exploração, exercidos pelo dono, ou seus representantes, sobre o objeto apropriado. É jus do proprietário transformar a sua propriedade: arrasar até o chão os seus edifícios, trocar um cultivo noutra absolutamente oposto, converter em baldio os campos lavrados, um vergel num pasto, uma seara num jardim, um prado num areal, ceifar as suas messes; transplantar as suas árvores; escavar o seu terreno; erguer-lhes montes; cortá-los de fossos; irrigá-lo de veias d’água. A esse direito liga-se, e freqüentemente identifica-se, o de explorar, mediante aplicações de que o proprietário é juiz, a coisa senhoreada. Essas aplicações só obedecem a uma lei econômica: a de fornecerem ao interessado a máxima soma de renda possível. [...] Pois bem: reconheceis aos indivíduos, ou às associações, o direito de transformar o cemitério particular, enquanto as cinzas humanas confiadas à sua guarda

ocuparem-lhe os jazigos, enquanto cemitério for cemitério? Decididamente não: o primeiro corpo que ali se deu à sepultura, apagou daquele torrão o cunho da propriedade civil, que não se renovará antes de extraída a derradeira ossada e dispersas as últimas cinzas. Admitis, em relação ao cemitério, a faculdade livre, ampla, sem limites, de exploração, inerente sempre ao domínio completo, à verdadeira propriedade? Mas seria autorizar no enterramento dos mortos um comércio odioso, uma indústria repugnante ao sentimento de humanidade, incompatível com a civilização, desconhecida até hoje.

E, partindo dessa base, o grande jurista baiano (alinhado de *Águia de Haia*) conclui, merecendo destaque: *ora, uma propriedade intransformável e inexplorável não é uma propriedade 'como qualquer outra', não constitui propriedade no sentido exato das relações que essa palavra significa.*¹⁹

Não vamos encontrar uma análise distinta em Themistocles Brandão Cavalcanti: “O cemitério sob o ponto de vista jurídico sugere um certo número de problemas do maior interesse, principalmente sob o ponto de vista patrimonial e administrativo. [...] É que cemitérios são de uso comum por natureza e por destino, embora sujeitos a um regime especial, a certas restrições e à administração municipal”.²⁰

A legislação penal também demonstra a forte limitação no direito de uso e de gozo do *fundum* quando este se destina ao sepultamento dos mortos. Basta conferir o art. 211 do Código Penal que define como crime passível de reclusão de um a três anos “violar ou profanar sepultura ou urna funerária”.

Assim, não havendo propriedade no sentido jurídico exato, não podendo haver domínio útil na vastidão completa do conceito, não havendo posse na amplidão do conceito jurídico, não há falar em hipótese de incidência tributária.

6 AUSÊNCIA DE VALOR ECONÔMICO

Sabe-se que “a base de cálculo do IPTU é o valor venal. Segundo Hugo de Brito Machado, “valor venal é aquele que o bem alcançaria se fosse posto à venda, em condições normais.”²¹ Essa referência nos conduz a um outro aspecto relevante: por sua função, o terreno destinado ao cemitério não está inserido no âmbito das “coisas comerciáveis”. Ninguém “vende” a sepultura dos seus; ninguém compra um terreno onde *alguém* está inumado. Trata-se de solo santo, nunca de solo econômico.

Tenham-se firmes os escólios de Amílcar de Araújo Falcão, apontando como elemento relevante para a caracterização do fato gerador a circunstância de constituir “um fato jurídico, na verdade um fato econômico de relevância jurídica” que se torna “pressuposto de fato para o surgimento ou a

instauração da obrigação *ex lege* de pagar um tributo determinado”.²² Adiante, retorna o renomado autor ao tema: “Em sua essência, substância ou consistência é o fato gerador um fato econômico, ao qual o Direito empresta relevo jurídico”.²³ Hugo de Brito Machado não discorda, em nada, dessa lição, asseverando não haver dúvida “de que o tributo é uma realidade econômica. A relação tributária é de conteúdo econômico inegável”.²⁴ Esse aspecto, segundo o autor, deve ser considerado nos processos de hermenêutica tributária: “A natureza econômica da relação de tributação é importante para que o intérprete da lei tributária, porque faz parte integrante do próprio conteúdo de vontade da norma, sendo elemento seguro de indicação do fim ou objetivo visado pela regra jurídica”.²⁵

Nesta mesma direção, encontraremos Gilberto Etchaluz Villela, procurador da Fazenda Pública Nacional, para quem “o ato fiscal não tem o condão de constituir o crédito tributário. Este surge com a obrigação, vale dizer, com a ocorrência do fato econômico sobre o qual incidiu uma lei impositiva”.²⁶

Bem a propósito o exame do Direito Romano, onde se encontra, nas Institutas de Justiniano (sec. VI), base de todo o Direito ocidental, a divisão das coisas em (1) *res in patrimonio* e (2) *res extra patrimoniūm*; a coisa que integram o patrimônio é coisa no comércio, passível de negociação; a coisa fora do patrimônio está, por seu turno, fora do comércio. No âmbito da *res extra patrimoniūm* perfila-se a *res divini iuris* (coisas destinadas ao plano das divindades), em três categorias: (1) *res sacrae* (coisas empregadas no culto religioso, como templos, imagens etc), (2) *res sanctae* (coisas de uso público, mas que tinham sido postas sobre a guarda de algum padroeiro, como os muros ou os portões de uma cidade) e, finalmente, (3) *res religiosae*, ou seja, tudo o que se destinava aos mortos.²⁷

Tais referências apontam para a ilegitimidade da pretensão fiscal que é aqui combatida. Para que se pudesse falar em valor venal do imóvel, indispensável seria que esse fosse afeto ao comércio, que fosse passível de utilização econômica, de sucessão jurídica. No entanto, é de sabença geral que cemitérios são bens fora do comércio. Ninguém os quer, quanto muito os suportam. Seu terreno, mesmo que dali fossem retirados todos os restos mortais e seus marcos mortuários (estelas, carneiros, criptas etc), jamais será aceito pela sociedade para outro fim.

Não há economicidade no túmulo. Não há fato econômico na titularidade de uma sepultura. E não há pois a *propriedade* de um túmulo, não é um negócio, não é um investimento; não se usa, nem se goza uma sepultura; não se aplica em covas mais do que a matéria inerte, sem vida, para que o ciclo anunciado no Gênesis²⁸ se complete. Se não há vantagem econômica, mas ônus social, não há falar em hipótese de incidência tributária.

7 IMORALIDADE DA EXIGÊNCIA

Entre os tantos aspectos que se assomam na análise da pretensão de tributar os túmulos, um outro se coloca: a exigência é imoral e, por essa via, inconstitucional. Não se pode olvidar que a vigente Constituição da República lista, entre os princípios que devem reger a Administração Pública, a moralidade pública que, nas palavras de Ives Gandra Martins “é princípio essencial. O mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a Administração confiável perante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado”.²⁹

É necessário ter um cuidado todo especial na compreensão desse princípio. Ouça-se, bem a propósito, Celso Ribeiro Bastos:

A noção de moralidade administrativa está, em sua origem, vinculada à idéia de desvio de poder. Dessa forma, inicialmente, acabou por ficar englobada pelo conceito de legalidade. É a idéia (ainda válida) de que se o ato praticado pela autoridade administrativa não guarda correspondência com a finalidade legal norteadora do caso, o ato padece de vício de legalidade.³⁰

Essa visão, contudo, evoluiu. Assim, ainda segundo Bastos, hodiernamente possui uma outra amplitude:

o conceito do que seja a moralidade está umbilicalmente ligado ao senso moral subjacente em determinada sociedade. Mas não é fácil tarefa a de se identificar o conteúdo desse senso moral. Os valores de fato, são variáveis no tempo e no espaço, e nem sempre os padrões de conduta adotados pela maioria seguem os valores ideais. Mas não há dúvida de que é fácil identificar pelo menos aquelas situações extremas em que, indubitavelmente, se pode afirmar que a conduta é moral ou imoral, segundo a ética da instituição.³¹

Em suma: não se aceita, dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF) constituído pelos representantes do povo e destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (Preâmbulo, CF) e no qual todo o poder emana do povo, que o exerce direta ou indiretamente (art. 1º, parágrafo único, CF), que o Estado se poste acima da moral social, como que a definir uma moral própria. O Estado não é mais autor de uma moral que dispõe na norma jurídica, mas está comprometido com os valores éticos e sociais da sociedade que o constitui. Coerente com esse ponto de vista, lembra Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcamo Lobo que “sob o prisma da moralidade a satisfação dos requisitos da legalidade não é suficiente”, sendo certo que “a sua pesquisa é muito mais difícil e mais exigente.” Completa: “Deve ela incidir criteriosamente sobre o objeto, em relação direta com o interesse público específico e sobre a finalidade, tendo

em vista não só os vícios eventuais a contaminar o ato tributário, mas, também, a influência que esses vícios possam ter na moralidade da Administração Pública, a enfraquecer as estruturas éticas da Nação.”³²

Indispensável falar, portanto, numa *eticização* do Direito brasileiro, cujo vetor é justamente a exigência de que os atos administrativos (inclusive tributários, além dos legislativos e judiciários) sejam morais, ou seja, respeitem a moral social. Cuida-se, via de consequência, de mais um limite ao poder de Estado, estabelecido em proveito da sociedade.

Não se pode esquecer que o pensamento jurídico incide sobre a discussão dos valores e dos fundamentos da vida em sociedade, com particular ênfase para o valor Justiça, aprofundando-se a ‘era dos direitos’ e que os tributos podem destruir o cidadão, quando aliados do progresso da sociedade, atentos somente à arrecadação de fundos para cobrir – quantas vezes – criminosos rombos de caixa!³³

Partindo destes sítios, onde o Direito por sua face mais moderna exige o aprimoramento das relações sociais, e caminhando de volta ao problema aqui estudado, chega-se acompanhado de uma única conclusão: não é moral o comportamento do Administrador Municipal quando quer transformar a sepultura em um fato econômico, em desprezo a todos os valores mais arraigados de nossa sociedade, onde os mortos são preservados cuidadosamente, lembrados com saudade, *visitados*.

Moral é respeitar os mortos, é dar-lhes e preservar-lhes o descanso, é acolher com respeito os restos físicos de sua existência. Moral é ter o túmulo como um pequeno santuário, onde o Sinal Divino marca o desejo da preservação eterna da Luz sobre os que se foram. Moral é perceber que o regime dos mortos (e dos espaços a eles destinados) é excepcionalíssimo em toda e qualquer cultura, em todo e qualquer tempo. Moral é resistir a toda a ganância que desconsidera tais valores basilares de nossa sociedade.

8 CONCLUSÃO

De todo o estudado, e coerente com os elementos que foram perquiridos, parece-me incontestemente não ser lícita a exigência do recolhimento do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana sobre a titularidade de espaços destinados à inumação de cadáveres. Com efeito, o espaço ocupado pelo túmulo foge por completo à idéia de propriedade territorial ou predial urbana, como se viu. Ademais, a exação é, indubitavelmente, imoral, na medida em que toma por bem economicamente passível de aferição de riqueza tributária o ônus moral de conservar adequadamente o espaço sagrado destinado ao repouso dos antepassados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARVALHO, A. A. Contreiras de. *Doutrina e Aplicação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969.
- CASSORLA, Roosevelt M.S. (coord). *Da Morte: estudos brasileiros*. Campinas: Papirus, 1991.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1988*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CONTI, José Maurício. *Sistema Constitucional Tributário Interpretado pelos Tribunais*. São Paulo: Oliveira Mendes; Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 4. ed. São Paulo: RT, 1976.
- KOVÁCS, Maria Júlia (coord). *Morte e Desenvolvimento Humano*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1992.
- LOBO, Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcomo.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARIO, Caio. *Instituições de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. IV.
- MARTINS, Ives Gandra (Org.). *O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SANTOS, J. M. do Carvalho (org). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d.
- SILVA, José Afonso da. *Fundamentos do Direito Tributário e Tributos Municipais*. São Paulo: José Bushatsky, 1978.
- VILLELA, Gilberto Etchaluz. *Teoria da Exigibilidade da Obrigação Tributária*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

¹ SILVA, José Afonso da. *Fundamentos do Direito Tributário e Tributos Municipais*. São Paulo: José Bushatsky, 1978, p. 90-1.

² COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1988*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 247.

³ Loc. Cit..

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 47.

⁵ *Loc. Cit.* A lição é adiante completada com escólio que destaca, ainda que indiretamente o papel atribuído constitucionalmente ao Judiciário: “a vagüidade ou indeterminação dos conceitos residentes na norma não confere poder discricionário ao titular da competência por esta atribuída. Deixa, é verdade, uma certa margem de liberdade no exercício daquela competência, mas tal liberdade não se confunde com aquela que caracteriza a discricionariedade. A liberdade decorrente da vagüidade ou indeterminação de conceitos não é atribuída a determinada autoridade, mas uma liberdade que pertence a qualquer pessoa que tenha de aplicar a norma. Quando a autoridade, no exercício da competência atribuída pela norma na qual residem conceitos vagos ou indeterminados, interpreta o conceito, dando-lhe um certo conteúdo, está aplicando a norma com o significado que a seu ver é correto. Seu entendimento pode ser alterado por outra autoridade que tenha competência para exercer o controle da legalidade.” (*Id. Ibidem*, p. 48)

⁶ Essa prática, aliás, é usual, ainda que despida de juridicidade. Se buscamos exemplos, podemos sempre listar o princípio da isonomia, alvo de interpretações por vezes absurdas e insustentáveis, como a que, apegando-se a uma igualdade absoluta, desejam alcançar fins não adequados. Pode-se citar, por absurdo, a proposição de uma isonomia entre as licenças maternidade e paternidade. O Direito, porém, é uma disciplina acadêmica e como tal não prescinde da análise cuidadosa e meticulosa dos detalhes que estão envolvidos em cada hipótese.

⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 91.

⁸ *Loc. cit.*, p. 91.

⁹ *Id. Ibidem*, p. 92.

¹⁰ *Id. Ibidem*, p. 292.

¹¹ CARVALHO, A. A. *Doutrina e Aplicação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969, p. 395-6.

¹² *Id. Ibidem.*, p. 93-4.

¹³ *Id. Ibidem.*, p. 101.

¹⁴ Basta observar-se que o 1o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo já garantiu não incidir IPTU sobre “imóvel em zona urbana utilizado em atividades agropastoris”. (*Apud* CONTI, José Maurício. *Sistema Constitucional Tributário Interpretado pelos Tribunais*. São Paulo: Oliveira Mendes; Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 218.)

¹⁵ MARIO, Caio. *Instituições de Direito Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. IV, p. 1.

¹⁶ BARBOSA, Rui *Apud* SANTOS, J. M. do Carvalho (org). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d; v. VIII, p. 50. (Verbetes assinado por Roberto Lyra).

¹⁷ LYRA, Roberto *Apud* SANTOS, *op. cit.*, p. 51.

¹⁸ BARBOSA, Rui SANTOS, *op. cit.*, p. 55.

¹⁹ *Loc. Cit.*

²⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão *Apud* SANTOS, *op. cit.*, p. 49.

²¹ MACHADO, *op. cit.*, p. 297.

²² FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 4. ed. São Paulo: RT, 1976, p. 26-7.

²³ *Id. Ibidem*, p. 65.

²⁴ MACHADO, *op. cit.* p. 83.

²⁵ *Loc. cit.*

²⁶ VILLELA, Gilberto Etchaluz. *Teoria da Exigibilidade da Obrigação Tributária*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 27.

²⁷ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 182-3.

²⁸ “Comerás o pão com o suor de tua fronte; até que voltes à terra da qual foste tirado; porque és pó, e em pó de hás de tornar.” (Gênesis, 3, 19).

²⁹ MARTINS, Ives Gandra. *O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). *O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 79.

³¹ *Loc. cit.*

³² LOBO, Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcomo. In: MARTINS, *op. cit.*, p. 73.

³³ *Id. Ibidem*, p. 77.

ABSTRACT

In the paper, the author, using juridical and non-juridical elements, works on the analysis of the legal character of charging the Urban Real Estate Tax (the Brazilian IPTU) upon tombs and similar locations.

KEYWORDS

IPTU. Morality. Property. Possession. Tomb.

ÉTICA E POLÍTICA NA REPÚBLICA DE PLATÃO

Hamilton Teixeira dos Santos Júnior*

1 Introdução. 2 Filosofia política. 3 A categoria central da política. 4 Cidade ideal e indivíduo. 5 Considerações finais.

RESUMO

Trata o artigo da articulação existente entre ética e política no pensamento filosófico de Platão, destacando-se a posição adotada no livro *A República*, bem como sua concepção de filosofia política - a categoria essencial de política, a relação entre a cidade ideal e o indivíduo e a sua importância na atualidade.

PALAVRAS-CHAVE

Ética. Política. República.

1 INTRODUÇÃO

Procurou-se expor a articulação existente entre a ética e a política no pensamento de Platão, mais precisamente na sua extraordinária obra *a República*. Para tanto, necessário se fez situar o pensamento de Platão naquilo que lhe é peculiar quanto a seu entendimento do que seja filosofia e de sua relação com a política, ou seja, como articular filosofia e política em seu pensamento.

Nesse sentido, situou-se o pensamento de Platão na época em que é desenvolvido; a importância da morte de Sócrates; a educação outrora recebida pelos atenienses e, principalmente, em que consistiria uma educação voltada para o entendimento da essência da verdadeira política para uma cidade.

Em segundo lugar, tornou-se essencial discorrer sobre a categoria política cujo eixo norteia toda a perspectiva da filosofia platônica quer seja política, quer seja ética. Em outros termos, perguntou-se e discorreu-se sobre a categoria de *justiça*, cuja importância e caracterizações são de inestimável valor na concepção de Platão acerca da política e de sua relação com a ética, pois, uma vez sabedor da essencialidade do que seja a política, saberá o político governar com ética, posto que sabedor inevitavelmente das virtudes presentes dos verdadeiros homens públicos.

Em terceiro lugar, afigurou-se de insofismável importância discorrer sobre o mundo das idéias desenvolvido no capítulo VII da *República*, visto

* Mestre em Filosofia pela UFC e Professor de *Filosofia e Ética* da Faculdade Evolutivo – FACE. (hamiltonteixeira@aol.com)

que só através da concepção de cidade perfeita, em todas as suas inter-relações de ordem produtiva, de segurança e governabilidade, pôde se ter uma visão ampla da relação entre a ética e a política no pensamento platônico em sua capital obra acima referida.

Por fim, concluímos nosso trabalho apontando para a importância do estudo da obra de Platão, tanto em seus aspectos acadêmicos como de reflexão acerca da estrutura política, desnudando a característica angular que todo político deve ter, i.e., a busca pela essencialidade da política e seu exercício fulcrado na virtude da justiça.

2 FILOSOFIA E POLÍTICA

Segundo alguns autores¹, parece difícil fazer uma distinção entre o que seja da ordem da ética, do conhecimento epistemológico e da política no pensamento de Platão, pois na exposição de seu pensamento, todas essas instâncias do saber humano estão inter-relacionadas, de modo que discorrer sobre uma dessas áreas implica, necessariamente, fazer referência às demais áreas.

Diante dessa interconexão entre os diversos campos do saber no pensamento de Platão, de imediato surge uma questão salutar que é perguntar por quais motivos pode-se afirmar tal vinculação.

Para responder a tal indagação, oportuno se faz referenciar o contexto do pensamento de Platão, tanto no plano filosófico quanto no plano histórico. Em outros termos, responder pela interconexão dos saberes em Platão, necessário se faz a contextualização histórica na qual Platão se situa, principalmente em relação à concepção de política existente em Atenas.

Assim, Platão já dizia em sua *VII Carta*² que desde a juventude nutria desejos de intervir na vida política de sua cidade, pois, em sua concepção, o exercício da política tinha como princípio norteador governar em direção à justiça, condenando toda e qualquer interferência maléfica que, porventura, pudesse desviar da justa medida, ou melhor dizendo, da virtude justa, sustentada sobretudo na sabedoria, coragem e temperança.

Todavia, para Platão, a cidade na qual vivera não era governada pelo seu ideal político, pois a política exercida pelos seus governantes era voltada para interesses de poucos³, bem como era notório o exercício da corrupção, uma vez que Atenas tinha passado por constantes guerras, cujo enfraquecimento político foi de conseqüências significativas, tanto do ponto de vista histórico como filosófico, pois, a partir dessa conjuntura, Platão faz referência ao que seja virtuosamente a política.⁴

Outro traço significativo e de profundas conseqüências no pensamento filosófico e político de Platão foi, sem dúvida, a morte de Sócrates, tido

“entre todos aqueles que lhe foi permitido conhecer, o melhor, o mais sábio e o mais justo”.⁵ Inaceitável, pois, a morte daquele possuidor das mais estimáveis virtudes essenciais a qualquer homem, principalmente no campo da política, uma vez que só através das verdadeiras qualidades de virtudes inerentes ao político é que se poderia governar com justiça.

Ora, poder-se-ia indagar como chegar à essencialidade da justiça. Platão responde fazendo referência a uma educação voltada para a busca de tal essencialidade.

Na realização desse horizonte, Platão passa em revista a educação outrora existente em Atenas, assinalando em que consistia para ao fim discurrir sobre sua concepção.

Para tanto, discorre frisando que a educação ateniense sustentava-se, sobretudo, nas produções literárias de Homero e Hesíodo, ressaltando-se o ensino da música e a prática da ginástica, duas formas educacionais indispensáveis, as quais perduraram na concepção da cidade ideal concebida por Platão n’*A República*.

Por outro lado, não resta dúvida, dado o meio no qual vivia, a importância de disciplinas como a matemática, a astronomia e as concepções dos filósofos pré-socráticos, como também de lições recebidas de um sofista.⁶

Porém, Platão critica veementemente a deficiência na qual consistia essa educação. Primeiramente, em *A República*, principalmente no livro III, enfatiza a debilidade existente nos ensinamentos constantes nas obras de Homero e Hesíodo, mais precisamente as referentes às disputas existentes entre os deuses, os quais, particularmente conforme a narrativa de Hesíodo, diversos eram os expedientes usados para as conquistas as quais almejavam, não se respeitando os valores morais e religiosos. Em outros termos, para Platão, a narrativa de disputas existentes entre os deuses, com o requinte de violações a esses valores, não deveria ser ensinada aos jovens atenienses, pois poderia servir de maus conselhos na formação da sociedade, podendo, conseqüentemente, servir de modelos malsinados no exercício da cidadania. Nesse sentido, portanto, Platão achava despiçando o ensino oriundo tanto de Homero como de Hesíodo.⁷

Não obstante essas observações acerca das banalizações dos valores morais, ressalte-se, na oportunidade, a mudança de perspectiva instaurada por Platão a respeito da realidade, pois se sai de uma perspectiva marcada por uma consciência mitológica para uma mudança radical esteada na razão, mudança essa já presente nos pré-socráticos.⁸

Em segundo lugar, as produções teóricas acerca da astronomia e da matemática, principalmente as referentes aos pré-socráticos, por mais importância que tivessem no pensamento platônico, não respondia as suas inquietações, pois faltava a esses uma referência a qual Platão descreverá como pertencente ao mundo inteligível ou mundo das idéias, caracterizado como

ordenado e harmonioso, fulcrado sobretudo na razão reflexiva. Em outras palavras, embora as reflexões dos pré-socráticos implicassem uma mudança de perspectiva acerca da realidade, rompendo inclusive com a consciência mitológica outrora existente entre os gregos e apresentando um modo reflexivo de tematização do todo da realidade enquanto condição de possibilidade do pensamento, enquanto apreensão do real em sentido estrito⁹, Platão frisava que os pré-socráticos não se perguntavam pelo *mundo das essências*, tendo tão-somente acentuado a prioridade do todo.¹⁰

Por fim, o ensinamento por parte dos sofistas encontrava-se aquém de quaisquer referências à educação, pois se caracterizava essencialmente pela argumentação persuasiva, destituída de qualquer vinculação com a busca da verdade, da reta razão e a justa medida, ou seja, a princípios éticos, uma vez que a persuasão tinha exclusivamente a característica do convencimento, não importando o logro e o engodo a que se poderia submeter-se.¹¹

Portanto, eis, sucintamente, o quadro no qual era concebida e desenvolvida a educação ateniense e pela qual passou Platão. Todavia, por mais crítico que tenha sido diante desse modelo, pode-se dizer que Platão o passa por um refinamento, no qual ressalta, em primeiro lugar, a importância da música e da ginástica no processo de formação do jovem ateniense, os quais poderão resultar nos futuros guardiões da cidade ideal.

Em segundo lugar, as conseqüências das discussões em torno da matemática e da astronomia, principalmente por parte dos pitagóricos, serão de significativa importância, pois a matemática desses pensadores, mesmo implicando uma ontologia¹², tinha como características a ordenação do mundo, sua hierarquização e harmonia, tópicos nevrálgicos quando elevada ao mundo das idéias, uma vez concebido em retidão e beleza.¹³

Finalmente, o embate discursivo com os sofistas também tem sua significação salutar, haja vista toda a produção, não só do método socrático (maiêutica) na busca da verdade enquanto tal, como de sua filosofia como um todo, principalmente ao aspecto ético, indispensável em todas as esferas do saber humano, sobretudo, no campo político, o qual deve ser exercido com a verdadeira virtude da justiça.

Ora, mais em que consiste falar na verdadeira virtude da justiça? Eis o próximo tópico.

3 A CATEGORIA CENTRAL DA POLÍTICA

Em consonância com os argumentos já referenciados acima, vislumbra-se uma questão angular presente no pensamento de Platão que norteia todos os seus questionamentos e posicionamentos acerca da realidade como um todo. Esse questionamento refere-se a pergunta pela essência do mundo.

A partir da pergunta pela essência do mundo, surge, segundo Manfredo Oliveira, a metafísica, a qual se põe a descobrir as diferenças eidéticas dadas pela sua forma básica de questionamento: Que é isto?¹⁴

Dessas considerações, Platão parte da análise da sociedade mundana em todas as suas mazelas, propondo como saída da miserabilidade do homem e da corrupção da *polis*, um mundo radicalmente distinto da historicidade do homem, marcado, sobretudo, por modelos eternos, onde haveria uma norma imutável, a qual deveria reger a vida na cidade, principalmente através da política.¹⁵

Nesse horizonte, então, afigura-se a preponderância do ensinamento platônico enquanto metafísico, pois se transcende da situação fática para modelos eternos de governabilidade da polis com o devido regramento da cidade, caracterizando-se a inter-relação entre metafísica e política, uma vez que sua filosofia política é metafísica. Corrobora, nesse sentido, Manfredo Oliveira, quando afirma:

A filosofia enquanto metafísica surgiu da própria crise do Estado ateniense e se entendeu essencialmente política, na medida mesma em que, transcendendo a situação fática, julgava-se a partir de uma norma que não é deduzível do fático¹⁶.

Ora, diante de tal argumentação, insurgem conseqüências significativas no direcionamento da *polis* enquanto instituição governada pela razão político-metafísica, visto que, saindo-se da mundanidade fática, baseada no individualismo e subjetivismo pregado pelos sofistas, surgem às normas imutáveis, *a priori*, as quais devem reger a vida dos indivíduos em sociedade que, através da razão intersubjetiva, implica uma vida humana digna. Mais uma vez preleciona Oliveira, ao asseverar:

(...) a essência é a norma imutável, e os homens e as coisas só são permanentes pela 'participação' nas essências imutáveis. É a descoberta da essência¹⁷ que permite à metafísica superar o positivismo da sofística.

Mais adiante, assim se pronuncia:

(...) Diante da catástrofe fática do humano provocada pela sofística, a metafísica propõe-se como caminho de salvação à medida que faz o homem redescobrir a força que deve ordenar o todo de sua vida individual e social: a razão. Neste sentido, vida digna do homem é, para a metafísica, sinônimo de vida¹⁸ racional, isto é, vida fundada na normatividade intersubjetiva.

Diante da ontologia concebida por Platão enquanto condição de possibilidade de governabilidade do Estado, surge o questionamento acerca da natureza do conhecimento enquanto condição dessa nova forma de governar,

ou seja, como é concebida essa práxis acerca da governabilidade do Estado.

Para Platão, essa *praxis*, como forma distintiva de qualquer outro tipo de governabilidade, caracteriza-se como uma arte, concebida como uma forma de saber acerca de determinado ofício. Ora, para os gregos, e não diferentemente para Platão, exercer uma forma de ofício, baseado num saber, além de ser uma arte, implica uma virtuosidade, pois ser hábil é ter uma virtude no desempenho do exercício, bem como no prazer ao exercê-lo.¹⁹

Conseqüência dessa arte entrelaçada à virtude é seu relacionamento com o bem, pois a relação das artes entre si, numa ordem ascendente, implica em uma escala que, segundo Platão, é do bem enquanto tal. Portanto, a arte de governar ou a política enquanto arte, implica saber, que por sua vez implica em virtude, resultando no bem enquanto tal.

Nesse sentido, portanto, o bem em si é marca ineliminável de todo o indivíduo, pois para Platão, só a partir do indivíduo ético-racional poder-se-á desenvolver “(...) todas as suas capacidades no melhor Estado”.²⁰

Ora, desenvolver capacidades no melhor Estado implica, em sua própria natureza, o entrelaçamento entre o indivíduo e o Estado, mediado pela categoria da justiça, pois só através dessa categoria, pode-se ter realmente a dimensão do que seja o político.

Nesse ínterim, vislumbra-se, diante das considerações aduzidas, o entrelaçamento da justiça e a dimensão do verdadeiro político como uma espécie de *bem*, no sentido platônico, uma vez que a justiça como verdadeira categoria de político, implica numa postura ética, que por sua vez é um bem em si mesmo, longe de quaisquer outras conseqüências.

Afigura-se, pois, que para Platão, uma vez caracterizada a justiça como virtude ou um bem em si mesmo, a partir do indivíduo ético-racional, ter-se-ia uma forma de Estado justo, tendo como primazia à realização de todos os potenciais individuais, de forma igualitária e de acordo com as funções individuais e educacionais de cada um.

Nessa perspectiva, portanto, a partir da primazia do bem enquanto tal e suas imbricações em relação à justiça e à política, mais precisamente enquanto condição de possibilidade de uma ética do indivíduo, bem como de um Estado justo, esteiado em regras racionais, é que se tem toda uma fundamentação da ação humana e suas implicações no desnudamento de um “(...) conhecimento verdadeiro e uma vida reta, nele fundado”²¹. Seguindo ainda as considerações de Oliveira, tem-se, afirmativamente:

(...) O bem é o fundamento do ser e do conhecer e, com isso, possibilidade de uma vida reta, em correspondência a ele, como *norma suprema* do agir, o que possibilita ao homem seu transcender sobre o ser,²² sobre o existente, portanto uma vida que transcende o vigente.

Ora, caracterizar a justiça como categoria central para o político, sustentado no bem enquanto condição de possibilidade de uma vida reta, implicando num Estado ideal, é característica essencial no pensamento platônico. Todavia, poder-se-ia indagar: qual a relação entre Estado e indivíduo segundo Platão? Eis o próximo tópico.

4 CIDADE IDEAL E INDIVÍDUO

Neste tópico, muito já foi dito em relação à cidade ideal, ou perfeita como chama Alexandre Koyré²³, pois as caracterizações inerentes ao indivíduo e a ética que lhe é peculiar, referendadas a partir da categoria de bem em si, enquanto possibilidade de toda uma vida reta e justa, estão, necessariamente, implicadas ao Estado, pois o Estado, na acepção platônica, é a realização das potencialidades do indivíduo, bem como o indivíduo, em sua relação com outros indivíduos, é que possibilita a existência de um Estado ideal. Em outras palavras, o indivíduo é uma micro-polis e o Estado um macro-homem.²⁴

Por conseguinte, tendo em vista as considerações encimadas, um aspecto exemplar dessa relação entre a cidade ideal e o indivíduo pode ser visualizada no Livro VII da República.

Neste livro, tem-se em que consistiria uma cidade ideal e a postura de seu governante. Todavia, salutar é a educação necessária e indispensável à formação do governante dessa cidade.

Nesse sentido, a alegoria da caverna serve de modelo ilustrativo quanto a caracterização da cidade ideal e de seu governante, pois descreve as etapas necessárias a busca da sabedoria suprema, ou seja, a ciência do bem. Uma vez de posse dessa sabedoria, representada pelas diferentes etapas educacionais que o futuro governante deve ter, esse estará em melhores condições de reconhecer os verdadeiros valores de condução da cidade perfeita.

Assim, pode-se dizer sucintamente que a alegoria da caverna tem como sentido primordial caracterizar a distinção entre dois mundos, bem como a elevação de um mundo a outro. Em outros termos, a escuridão da caverna teria como traço essencial à referência ao mundo dos sentidos, das sombras, diferenciando-se, dessa forma, o mundo sensível. Por outro lado, a luz do sol, ao se ascender do mundo da caverna ao dia, delimitar-se-ia como o mundo da luz, da verdadeira realidade. Portanto, de um lado, o mundo das trevas, da escuridão, da sensibilidade. De outro, um mundo da claridade, da realidade, da inteligibilidade.

Conseqüentemente, aquele que porventura ascender ao mundo inteligível, terá, ao retornar ao mundo sensível, todas as condições de reconhecer os verdadeiros modelos das sombras refletidas pela luz do mundo real, pois conhecedor será do mundo inteligível, uma vez que ascendeu a luz desse.

Não obstante a essas breves características da alegoria da caverna, importa ainda ressaltar as ciências indispensáveis à formação do verdadeiro filósofo e, por conseguinte, do verdadeiro político a governar a cidade ideal. Tais ciências referem-se, sobretudo, a matemática, a aritmética, a astronomia, a geometria e a estereometria, ciências que, de certa forma, caracterizam seres eternos, imutáveis e perfeitos.

A educação mediada pelo ensinamento dessas ciências e a dialética a ela inerente, uma vez que só através dela se pode chegar ao mundo inteligível (a matemática constitui apenas o primeiro passo da dialética), implicará na seleção e formação dos futuros filósofos governantes da cidade ideal, de modo a que desde a juventude até a idade madura, de cinqüenta anos, os melhores distinguiam-se entre seus pares, elevando-se à ciência do Bem, como também tendo todas condições de governar com justiça e retidão, razões últimas de todo político enquanto ético, assegurando a liberdade e a felicidade de todos. Para Platão, a esta tarefa é totalmente exequível, pois não se trata de um sonho em vão. Assim se pronuncia, através de Sócrates:

(...) embora difíceis, eram de algum modo possíveis, mas não de outra maneira que não seja a que dissemos, quando os governantes, um ou vários, forem filósofos verdadeiros, que desprezem as honrarias actuais, por as considerarem impróprias de um homem livre e destituídas de valor, mas, por outro lado, que atribuem a máxima importância à rectidão e às honrarias que dela derivam, e consideram o mais alto e o mais necessário dos bens a justiça, à qual servirão e farão prosperar, organizando assim a sua cidade.

No mesmo sentido, Platão assim assevera no *Político*:

(...) Abrange, em cada cidade, todo o povo, escravos ou homens livres, estreita-os todos na sua trama e governa e dirige, assegurando à cidade, sem falta ou desfalecimento, toda a felicidade de que pode desfrutar”, sendo, por conseguinte²⁸ (...) o excelente retrato do homem real e do homem político.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dessa simplificada exposição entre a ética e a política no pensamento de Platão, mais precisamente a algumas atinentes ao livro VII da República, fica-nos a indagação de que porquê estudar Platão nos tempos atuais.

Em primeiro lugar, só o simples fato de se ler Platão já responderia por si só a essa indagação, posto que, além de ser um clássico da tradição filosófica, indispensável a qualquer formação ético-político, pois o ensinamento da busca do bem em si, enquanto condição de possibilidade tanto do indivíduo, como do Estado, de justiça, mediada sobretudo numa normatividade racional, torna imprescindível sua leitura.

Em segundo lugar, dada a atual conjuntura política em que nos encontramos, tanto em nível mundial, como em nível territorial, onde a corrupção e o desdém para com as coisas públicas banalizaram-se em nossa sociedade (fatos estes notórios nos mais diversos meios de comunicações²⁷), tornando-se um meio viável de se conquistar os objetivos desejados, é que a reflexão por uma postura ética se torna indispensável à conduta social, principalmente na esfera política.

Portanto, diante dessas duas pequenas considerações, mas de valor inestimável, é que consideramos o presente estudo de suma importância, pois, como muito bem expressa Alexandre Koyré: "(...) Na crise que agita o mundo, a mensagem de Platão está cheia de ensinamentos para meditar".²⁸

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KOYRÉ, Alexandre. *Introdução à leitura de Platão*. 3. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1988.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e sociabilidade*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

PIETTRE, Bernard. In: *Platão, A República, livro VII*, Brasília: Universidade de Brasília/ São Paulo: Ática, 1989.

PLATÃO. *Cartas*. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

_____. *Político*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores)

_____. *A república*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

Revista *Veja*, *Ética e política*. Ed. Abril. edição n.. 1691, ano 34. n. 10, 14 de março de 2001, p. 36-53.

¹ Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e sociabilidade*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1993, p. 34, nota 10; Cf. tb. KOYRÉ, Alexandre. *Introdução à leitura de Platão*. 3. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1988, p. 68.

² Cf. PLATÃO, *Cartas*. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 47-94.

³ Atenas, na época de Platão, tinha como forma de governo a oligarquia, que era exercida pela aristocracia.

⁴ Cf. PIETTRE, B., In: *Platão. A República: Livro VII*. 1989. Brasília: Universidade de Brasília/ São Paulo: Ática, 1989. Segundo Piètre, Atenas, a partir do séc. IV e III a.C. passou por declínio devido às guerras intermináveis, gerando, por via de consequência, o crescimento da corrupção. Vide p. 10-11.

⁵ Cf. PLATÃO *apud* PIETTRE, B., *op. cit.*, p. 17.

⁶ Cf. PIETTRE, *op. cit.*, p. 13.

⁷ Cf. PLATÃO, *A República. Livro III*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 101-160. Neste livro, Platão responde aos argumentos levantados por Adimanto, o qual, no Livro II, discorre sobre o que é justo e injusto, fazendo referências aos ensinamentos de Homero e Hesíodo, os quais teriam em suas

produções literárias banalizadas os valores morais e religiosos, pois era passível aos deuses mentir, ressaltando a presença de qualidades boas e ruins na alma humana, bem como a banalização da morte, dentre outros. No mesmo sentido, cf. tb. KOYRÉ, A., *op. cit.*, p. 94-95.

⁸ Cf. OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 30.

⁹ A apreensão do real em sentido estrito pelos pré-socráticos implicava numa identidade entre o homem e o todo, a qual não era tematizada pela consciência mitológica, pois se relacionava a um questionamento de ordem lógico-ontológico.

¹⁰ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 31-32. Aqui o autor descreve o rompimento de perspectiva outrora existente no mundo grego, marcado sobretudo pela consciência mitológica, por uma com assento na razão, tendo implicações lógico-ontológicas cruciais no pensamento de Platão e de toda a filosofia. Vale ressaltar que a reflexão dos pré-socráticos acerca da natureza já implicava a pergunta pelo todo, pois tal natureza “(...) não era uma região específica da realidade, mas o ser, a realidade em sua globalidade, de tal sorte que aqui filosofia da natureza significa filosofia do todo” (p. 32).

¹¹ *Id. Ibidem*, p. 32. “enquanto a filosofia pretende convencer pela força da argumentação racional, o interesse da sofística é persuadir a qualquer custo”.

¹² Cf. nota 10.

¹³ Cf. PIETTRE, B., *op. cit.*, p. 29-30.

¹⁴ Cf. OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵ *Id. Ibidem*, p. 34-35.

¹⁶ *Id. Ibidem*, p. 35.

¹⁷ *Id. Ibidem*, p. 36.

¹⁸ *Id. Ibidem*, p. 37.

¹⁹ *Id. Ibidem*, p. 38-39.

²⁰ *Id. Ibidem*, p. 44.

²¹ *Id. Ibidem*, p. 47.

²² *Id. Ibidem*, p. 47-48.

²³ KOYRÉ, *op. cit.*, p. 87-110.

²⁴ *Id. Ibidem.*, p. 88. Cf. tb. p. 49.

²⁵ Cf. PLATÃO. A República, *op. cit.*, 540d-e.

²⁶ Cf. PLATÃO. *Político*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, colec. Os pensadores, p. 261.

²⁷ Cf., por exemplo, Revista *Vêja*, março de 2001, p. 36-53.

²⁸ KOYRÉ, *op. cit.*, p. 132.

ABSTRACT

The article deals with the relation existing between ethics and politics in the philosophical thought of Plato and highlights the position adopted in the book *The Republic*, as well as the conception of political philosophy – the essential category of politics, the relationship between the ideal city and the individual and its relevance nowadays.

KEYWORDS

Ethics. Politics. Republic.

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur l'articulation présente entre éthiques et politiques dans la pensée philosophique de Platon, principalement dans son livre *République*, en plus, l'auteur fait des remarques sur ses conceptions de philosophie politique - la catégorie essentielle de politique, la relation entre le cité idéale et l'individu et sa importance dans l'actualité :

MOTS-CLÉS

Éthiques. Politiques. République.

A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DO CONTRIBUINTE

Hugo de Brito Machado*

1 Introdução. 2 Importância do Direito Constitucional Tributário. 2.1 Universalidade do arbítrio em matéria de tributação. 2.2 A importância da supremacia constitucional. 3 Supremacia constitucional e controle do poder. 3.1 Os caminhos. 3.2 A Constituição minudente. 3.3 O desenvolvimento dos princípios. 3.4 Responsabilidade pessoal do agente público. 4 Exemplos do amesquinamento de princípios fundamentais. 4.1 O princípio da irretroatividade. 4.1.1 Os dispositivos de nossa Constituição Federal. 4.1.2 Os fundamentos doutrinários da irretroatividade. 4.1.3 Exemplos de amesquinamento do princípio da irretroatividade. 4.1.3.1 A irretroatividade e o imposto de importação. 4.1.3.2 A irretroatividade e a declaração de inconstitucionalidade da lei tributária. 4.1.3.3 A irretroatividade e a declaração de inconstitucionalidade da lei tributária. 4.1.3.4 O dever de fundamentar e os impostos flexíveis. 4.1.3.5 A contribuição de melhoria.

RESUMO

A supremacia constitucional somente é alcançada pelo uso irrestrito dos princípios constitucionais, afastando o arbítrio da atividade legislativa. O detalhamento das normas constitucionais de tributação talvez termine por enfraquecer a segurança jurídica do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE

Supremacia constitucional. Direito Constitucional Tributário. Princípios. Irretroatividade. Segurança Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Muitos estudiosos do Direito Tributário ainda não se deram conta de que o poder de tributar não pode ser limitado apenas pela lei,¹ uma vez que muitas vezes o arbítrio estatal se manifesta pela voz do próprio legislador. Essa pressão gigantesca do poder de tributar, que não poucas vezes verga o legislador e o faz produzir normas de tributação contrárias aos princípios fundamentais do Direito Tributário.

Temos sustentado que a supremacia constitucional é o único instrumento que o Direito pode oferecer contra o arbítrio, quando este se mani-

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

festa na atividade legislativa, e temos visto com satisfação que essa nossa idéia está na mente de eminentes constitucionalistas e tributaristas, que se preocupam com os mecanismos jurídicos de contenção do arbítrio estatal, e mesmo diante de Constituições nas quais, diferentemente da nossa, estão ainda ausentes normas específicas de regramento da atividade tributária.

Com efeito, é patente e universal o desenvolvimento de práticas arbitrárias, tanto por parte do legislador, como da administração tributária, de sorte que se faz imprescindível a reflexão e o debate a respeito da supremacia constitucional, especialmente no que diz respeito à interpretação das normas da Constituição, tarefa na qual ainda se vê com freqüência a predominância do elemento literal em detrimento ou mesmo com a completa desconsideração dos elementos teleológico e sistêmico, não obstante estes importantes elementos da hermenêutica constitucional sejam sempre lembrados pelos defensores da Fazenda Pública quando sustentam teses convenientes para o aumento da arrecadação.²

Por tal razão, aliás, não estamos seguros de que o melhor caminho seja o trilhado pelo constituinte brasileiro, que optou pela inclusão no texto da Lei Maior de normas específicas, minudentes, a respeito de tributação. Talvez esse caminho leve a um resultado oposto àquele que se tem pretendido. Em vez de fortalecer as garantias do contribuinte, talvez termine por enfraquecer a supremacia constitucional, como adverte, com inteira propriedade, o Professor Paulo Bonavides, um dos mais notáveis estudiosos da Ciência Política e do Direito Constitucional da atualidade. A propósito da postura do constituinte, em vários países, enaltecida por Mário Gonzalez, de incluírem nas constituições verdadeiros planos de política econômica, faz uma ressalva que está a merecer profunda meditação, afirmando:

Houve, efetivamente, essa mudança. Mas à acuidade crítica de muitos constitucionalistas, deslumbrados com essa portentosa variação, escapou aquele aspecto desintegrativo dos fundamentos jurídicos da ordem constitucional que tem acompanhado de perto a crise das Constituições, contribuindo largamente a desprestigiar-las e desvalorizá-las como formas clássicas idôneas para afaiançar o exercício de poderes limitados nos rígidos moldes de um Estado de direito, protetor das liberdades humanas. A Constituição - plano ou programa de política econômica posto no ponto mais alto da escala hierárquica dos valores políticos - desvirtua e desfigura o sentido tradicional das Constituições, compreendidas fundamentalmente pelo aspecto jurídico, que urge salvaguardar. Nos países socialistas, por exemplo, a Constituição tem mais valia sócio-econômica do que propriamente jurídica, é mais um instrumento programático de governo do que um esquema de repartição de competências entre órgãos do poder, harmônicos e independentes, ou de atribuição de direitos no sentido tradicional das Constituições ocidentais.

Assim é que, sem a pretensão de produzir doutrina, até porque desprovidos do conhecimento e do talento a tanto indispensáveis, ousamos colocar aqui algumas idéias para a meditação dos doutos, especialmente daqueles que se dedicam aos estudos da tributação e alimentam seriamente a preocupação de contribuir na edificação de instituições capazes de, neste campo, tornar efetivo o controle jurídico do poder de tributar.

Com este propósito vamos aqui demonstrar a importância e examinar alguns aspectos do que podemos denominar Direito Constitucional Tributário, especialmente os que se referem aos princípios da legalidade, da irretroatividade, da isonomia e da capacidade contributiva.

2 IMPORTÂNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

2.1 A universalidade do arbítrio em matéria de tributação

Em rápida pesquisa que realizamos, podemos constatar que a importância do Direito Constitucional Tributário vem sendo destacada em diversos países, entre os quais na Alemanha, na Bélgica, em Portugal, na Espanha e em países na América Latina.

Isto é suficiente para demonstrar a universalidade do arbítrio em matéria de tributação. Há, todavia, referência expressa a essa universalidade, em texto recente de Rubén O. Asorey, que afirma, sem meias palavras:

*Este fenómeno no reconoce fronteras, ni identificación com organismos, ni personas, gozando de universalidad y comprendiendo por igual a organismos de recaudación impositivos, aduaneros y previsionales, federales o locales, de países desarrollados o en vías de desarrollo.*⁴

Asorey demonstra também a importância da supremacia constitucional como instrumento para o controle desse arbítrio. É idêntica demonstração pode ser vislumbrada, também, em manifestações várias.

2.2 A importância da supremacia constitucional

Klaus Tipke analisa os princípios fundamentais da tributação, em excelente estudo cujo título, *El Derecho Tributario Constitucional en Europa*, já está a indicar a importância da supremacia constitucional no trato das questões tributária, não apenas na Alemanha, mas em toda a Europa. Destacamos nesse estudo a análise do princípio da capacidade econômica e sua não aplicação aos impostos com função extrafiscal, que o autor denomina impostos de ordenamento, à consideração de que

... resulta lícito y obligado realizar una ponderación de bienes jurídicos entre el principio de igualdad en la tributación con arreglo a la

capacidad económica y otros principios constitucionales. Sin embargo, no es lícito eludir el principio de igualdad tributaria según la capacidad económica – principio decisivo de la justicia tributaria en un Estado de Derecho – mediante cualesquiera consideraciones de política extrafiscal. Por el contrario, la medida de ordenamiento deberá tener al menos la misma incidencia sobre el bien común – si no mayor – de la que supone la pura tributación con arreglo a la capacidad económica. Las exenciones y bonificaciones fiscales no deben establecerse según el capricho del legislador.

Na Bélgica, Elisabeth Willemart começa uma excelente monografia sobre o tema apoiando-se em consistente doutrina do moderno constitucionalismo para afirmar:

Le droit fiscal n' échappe pas au profond mouvement de constitutionnalisation que marque, depuis plusieurs années, les différentes branches du droit. (sur ce thème, voy. not. F DELPÉRIÉ, "La constitutionnalisation de l' ordre juridique belge" R.B.D.C., 1998, pp. 219-243). La valorisation des dispositions que la Constitution consacre à la fiscalité s'impose même avec une évidence singulière. Instrument d' un pouvoir exercé sur les citoyens, le droit fiscal trouve en effet directement son assise dans la Constitution (Le droit fiscal partage notamment cette particularité avec le droit pénal. Voy. M. VERDUSSEN, Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal, Bruxelles, Bruylant, 1995) : le pouvoir fiscal émane de la Nation; il est exercé de la manière établie par la Constitution." (Const., art. 33: Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution.)⁶

Em Portugal já de algum tempo podem ser anotadas manifestações a respeito da supremacia constitucional e sua importância em matéria tributária. É sabido que o fato gerador da obrigação tributária deve ser um signo presuntivo de capacidade contributiva. Deve ser um indício que autoriza a presunção de capacidade econômica para o pagamento do tributo. Cardoso da Costa, embora afirme a liberdade do legislador para a escolha desse fato indício de capacidade contributiva, aponta o limite que a este se impõe, doutrinando com propriedade:

Qual seja ele para cada imposto é coisa evidentemente dependente da escolha que o legislador faça. O que a este respeito cabe sublinhar é que o legislador detém nesta matéria ampla liberdade, podendo, em princípio, arvorar qualquer facto ou situação da vida real em índice da capacidade contributiva dos cidadãos e ligar-lhe consequentemente uma obrigação de imposto. O legislador determinar-se-á, fundamentalmente, por considerações extrajurídicas – em considerações de ordem econômica, política e técnica, como a estrutura econômica, as

necessidades financeiras, o peso da opinião pública – mas sempre *terá de respeitar, em todo o caso, os limites constitucionais que depara, e que são sobretudo os decorrentes do princípio da igualdade tributária, ...* (o destaque não é do original)

Na Espanha e em países da América Latina a situação não é diferente.

Rubén O. Asorey, por exemplo, assevera que:

El Derecho tributario debe, en forma substancial, su desarrollo y evolución al esquema esencial de la relación jurídica tributaria. Los enfoques dinámicos o procedimentalistas aparecidos a partir de la década del sesenta no pudieron relativizar el papel trascendental de esa relación dentro de la teoría general del Derecho tributario.

Ese núcleo esencial, objeto de los más profundos análisis y disquisiciones intelectuales, permitió la incorporación legislativa de la juridicidad de tales desarrollos dogmáticos, convirtiendo en anatema el principio de subordinación del administrado a un poder estatal situado en un plano superior y consagrando la plena sumisión de los dos sujetos de la relación al mismo plano de igualdad.

Sin embargo, el ejercicio de los derechos y obligaciones de esa relación, por efectos de diversos factores jurídicos y metajurídicos, fue sufriendo la erosión ostensible de la situación del sujeto pasivo, es decir, de los contribuyentes y responsables. Quizá la razón fundamental de ello radica en la siempre bienvenida lucha contra la evasión, que lleva al Estado al desmadre de calificar y tratar como evasores a quienes actuando de buena fe optan por una alternativa legal de mejor opción económica, a la presencia de criterios eficientistas que tratan de superar las deficiencias y carencias de los organismos de recaudación con medidas que devienen arbitrarias por las más diversas razones, y a la actuación desmedida de funcionarios bajo la invocación de conceptos vagos e inasibles.

En fin, se originan en la vida del Derecho tributario una serie de abuso, desvíos, arbitrariedades, donde el sujeto activo actúa fuera de la ley y del derecho, a través de comportamientos anómalos, utilizando en ciertos casos máscaras legitimadoras de la juridicidad, como seudointerpretaciones refinadas con las garantías constitucionales.

A partir de los años ochenta se comienza a prestar atención a esta situación, no ya desde la teoría general del Derecho fiscal, sino desde la práctica y ejercicio de los derechos y deberes de la relación.

Jaramillo também sustenta a colocação das questões fundamentais do Direito Tributário no plano da Constituição, questionando a posição da dis-

ciplina que estuda tais questões, se deve ser integrada ao Direito Tributário, ou ao Direito Constitucional, ou se deve ser considerada uma disciplina autônoma. Para ele os princípios fundamentais da atividade financeira, por óbvias razões, estão nas Constituições Políticas, o que tem dado lugar a que se sustente a existência de um Direito Constitucional Financeiro, ou ao menos do Direito Constitucional Tributário. E assevera que “*las Constituciones ecuatorianas han mostrado preocupación por los temas tributarios, los que hasta la fecha preponderan.*”⁹

3 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E CONTROLE DO PODER

3.1 Os caminhos

São tantos os exemplos que podem ser citados, de abusos do poder estatal praticados pela via legislativa, que ninguém mais pode ter dúvida quanto à insuficiência do princípio da legalidade como garantia do contribuinte. O legislador no mais das vezes submete-se às pressões do governo, que dispõe numerosos instrumentos para exercer influência sobre o parlamento. Por outro lado, em alguns países o próprio governo legisla, como acontece no Brasil, com o decreto-lei do regime constitucional anterior, e com as medidas provisórias do regime constitucional vigente.

A questão que se coloca então é a de saber qual o caminho mais adequado para a efetiva garantia do contribuinte contra abusos do poder de tributar, se a colocação, na Constituição, de regras de tributação minudentes, ou se a utilização dos princípios constitucionais fundamentais, que se refletem também no âmbito das relações de tributação e podem ser desenvolvidos na doutrina e na jurisprudência, mediante uma interpretação consentânea com a finalidade desses princípios.

Vejamos, ainda que em traços superficiais, cada um desses caminhos.

3.2 A Constituição minudente

No Brasil o Constituinte optou pelo primeiro desses caminhos. Desde o regime constitucional anterior tínhamos já a Constituição mais rica do mundo em normas pertinentes à tributação.¹⁰ Na vigente Constituição, então, foram albergadas normas que a rigor deveriam estar nos regulamentos de tributos. E ainda assim não se conseguiu controlar os abusos.

Por outro lado, criou-se, mesmo na mente de juristas respeitáveis, a idéia de que as normas da Constituição devem ser expressas, mesmo quando se reportem a conceitos conhecidos, sem o que o legislador ficará livre para o trato dos assuntos, sem as limitações decorrentes daqueles conceitos que, utilizados pela norma da Constituição, passaram a constituir elementos decisivos na determinação do significado desta. Exemplo desse grave equívoco

em que incorrem alguns juristas é o da contribuição de melhoria, que mais adiante vamos examinar.

Problemas outros também já foram suscitados em torno do alcance de princípios constitucionais no que diz respeito a questões tributárias, e infelizmente se viu que o trato minudente talvez tenha tolhido a mente do intérprete e aplicador da Constituição. Temos visto, em conseqüência, serem amesquinhas garantias fundamentais do cidadão contribuinte, em situações as mais diversas. Entre as garantias amesquinhas pelas mentes habituadas às normas minudentes, destacamos para estudo, nesta oportunidade, a irretroatividade das leis e a exigência de fundamentação dos atos administrativos.

3.3 O desenvolvimento dos princípios

Parece, em face do que se tem observado, ser de duvidosa utilidade a colocação de normas minudentes na Constituição. Mais do que inútil, esse caminho parece nos demonstrar que tem razão o Professor Paulo Bonavides quando se refere àquele “aspecto desintegrativo dos fundamentos jurídicos da ordem constitucional que tem acompanhado de perto a crise das Constituições, contribuindo largamente a desprestigiá-las e desvalorizá-las como formas clássicas idôneas para afixar o exercício de poderes limitados nos rígidos moldes de um Estado de direito, protetor das liberdades humanas.”

Uma das facetas pelas quais pode ser vista essa desintegração dos fundamentos jurídicos da ordem constitucional é a extrema facilidade com que são alteradas as normas da Constituição. Alegando a necessidade de preservar a governabilidade, o governo geralmente consegue a aprovação de emendas que aos poucos alteram completamente a Constituição, como tem acontecido no Brasil.

Outra faceta pela qual se revela a aludida desintegração é o menosprezo que as autoridades do governo devotam aos princípios constitucionais na aplicação da lei tributária, amesquinhando completamente princípios fundamentais, como adiante será demonstrado.

3.4 Responsabilidade pessoal do agente público

O caminho que nos parece necessário trilhar, para reduzir a limites aceitáveis as práticas abusivas de autoridades, é a responsabilidade pessoal do agente público. Nos dias atuais quem corporifica o Estado age de modo praticamente irresponsável no que diz respeito aos direitos individuais que eventualmente lesiona. O agente do fisco, que formula em auto de infração exigência que sabe ou deveria saber indevida, não sofre nenhuma conseqüência de seu ato ilícito, não obstante esteja este legalmente definido como crime de excesso de exação.¹¹ Não se conhece um único caso de ação penal

por excesso de exação, e não é razoável acreditar-se que nenhum agente do fisco o tenha praticado.

Preconizamos, pois, a responsabilidade do agente público por lesões que pratique a direitos do contribuinte, sem prejuízo da responsabilidade objetiva do Estado. Entendemos que esta é a forma mais adequada de se combater o cometimento arbitrário do fisco.

É sabido que a indenização por cometimento ilícito tem dupla finalidade. Uma, a de tornar indene, restabelecer, o patrimônio de quem sofreu o dano. A outra, a de desestimular a conduta ilícita de quem o causou.

A responsabilidade objetiva do Estado por danos ao cidadão pode assegurar a este a indenização correspondente, mas não atua como fator desestimulante da ilegalidade, pois quem a pratica não suporta o ônus da indenização que, sendo paga pelos cofres públicos, recai a final sobre o próprio universo de contribuintes.

E não são poucas as práticas que podem ensejar a responsabilidade pessoal do agente público. Quem exerce atividade direta ou indiretamente ligada à tributação sabe muito bem que os agentes do fisco geralmente não respeitam os direitos do contribuinte e tudo fazem para arrecadar mais, ainda que ilegalmente.

É certo que a responsabilidade pessoal não existirá para o agente público que atua em cumprimento à determinação oficial, posta em ato administrativo de efeito concreto, ou em ato administrativo de caráter normativo. Em tais casos, se o ato administrativo em cuja obediência atua o agente público é arbitrário, a responsabilidade será da autoridade que o emitiu, e nos casos em que o arbítrio esteja na própria lei não haverá responsabilidade da autoridade administrativa que simplesmente a aplica, pois essa autoridade, como temos sustentado, não pode eximir-se de cumprir a lei alegando a sua inconstitucionalidade.

Quando o arbítrio reside na própria lei, tem-se caso de inconstitucionalidade que há de ser declarada pelo Judiciário. Uma vez transitada em julgado essa declaração, porém, a autoridade administrativa já não pode aplicar a lei inconstitucional. Se o fizer – e na prática são inúmeros os casos em que o fez – poderá ser pessoalmente responsabilizada.

É certo que a declaração de inconstitucionalidade no denominado controle difuso não produz efeitos gerais, e por isto é possível sustentar-se que a autoridade administrativa não está obrigada a abster-se de aplicar a lei que nessa via tenha sido declarada inconstitucional, antes da suspensão da vigência desta pelo Senado Federal. Na verdade, porém, assim não é. Uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, em decisão definitiva, a autoridade administrativa já não a pode aplicar. Se a Fazenda Pública é parte no processo onde se deu a declaração de inconstitucionalidade – como geral-

mente acontece em matéria tributária – não há dúvida de que todas as autoridades administrativas a ela vinculadas estarão obrigadas a não mais aplicar a lei declarada inconstitucional. Tanto em razão do efeito processual que se produz em relação à parte, como em razão do princípio da harmonia entre os Poderes do Estado.¹² Se a Fazenda Pública não é parte no processo onde se deu a declaração de inconstitucionalidade – o que dificilmente ocorrerá em matéria tributária – mesmo assim, em razão do dever de preservar a harmonia entre os Poderes do Estado, as autoridades administrativas estarão, todas, impedidas de seguirem aplicando a lei declarada inconstitucional.

Em se tratando de declaração de inconstitucionalidade proferida no controle concentrado, dúvida não pode haver quanto aos efeitos gerais que esta produz. Assim, dúvida não pode haver de que todas as autoridades, sejam fazendárias ou não, estarão impedidas de aplicar a lei declarada inconstitucional.

Nos casos em que a autoridade administrativa esteja, como acima explicado, no dever de não aplicar a lei que foi declarada inconstitucional, se o faz comete ato ilícito, pelo qual poderá ser pessoalmente responsabilizada. E a responsabilização pessoal da autoridade é, repita-se, o caminho mais adequado no combate às práticas arbitrárias do Poder Público.

4. EXEMPLOS DO AMESQUINHAMENTO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

4.1 O princípio da irretroatividade

4.1.1 Os dispositivos de nossa Constituição Federal

Nossa Constituição Federal coloca o princípio da irretroatividade das leis entre os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.¹³ E como se isto não bastasse, no capítulo em que trata do sistema tributário, estabelece que *sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado*.¹⁴

Temos, portanto, na Carta Magna, consagrado o princípio da irretroatividade das leis como um direito fundamental do cidadão, e ainda, em dispositivo específico, a garantia ofertada ao contribuinte de que, de que é vedada a cobrança de tributo instituído ou aumentado depois de ocorrido o fato tomado pela lei como signo presuntivo de capacidade contributiva. E nem podia deixar de ser assim, em face dos sólidos fundamentos doutrinários em que se apoia esse importantíssimo princípio jurídico.

4.1.2 Os fundamentos doutrinários da irretroatividade

Sabemos todos que a irretroatividade das leis é um princípio jurídico fundamental. Faz parte da própria essência do Direito, de sorte que a sua preservação é indispensável à própria integridade, e utilidade do sistema jurídico. Um sistema de leis retroativas seria a própria negação do que há de mais essencial no Direito. A negação da própria essência do *jurídico*.

O Direito corporifica e realiza os valores da humanidade, entre os quais se destaca o da segurança, indispensável mesmo para a realização de todos os demais. Indispensável à própria idéia de Estado de Direito, sendo certo que

a retroatividade da lei poderia ser encarada como contradição do Estado consigo próprio, pois que, se de um lado ele faz repousar a estabilidade das relações e direitos sobre a garantia e proteção das leis que ele próprio emana, de outro lado ele mesmo não pode retirar essa estabilidade com a edição de leis retroativas.

Na primorosa lição de José Luís Shaw, transcrita e traduzida por Maria Luiza Pessoa de Mendonça em sua excelente monografia sobre o tema:

Se nos perguntamos porque e para que os homens estabelecem o Direito e tratamos de descobrir o sentido germinal do Direito a fim de apreendemos a sua essência, dar-nos-emos conta de que a motivação radical que determinou a existência do Direito não deriva das altas regiões dos valores éticos superiores, senão de um valor de categoria inferior, a saber: da segurança na vida social. O Direito surge, precisamente, como instância determinadora daquilo que o homem tem que se ater em suas relações com os demais: certeza, mas não só certeza teórica (saber o que deve fazer) senão também certeza prática, quer dizer, segurança, saber que isto tenderá forçosamente a ocorrer porque será imposto pela força, se preciso for, inexoravelmente.

Cuida-se, aliás, de um princípio da mais fácil compreensão. Se o legislador pudesse editar leis retroativas, ninguém saberia mais como se comportar porque deixaria de confiar na lei, que a qualquer momento poderia ser alterada com reflexos nos fatos já ocorridos, tornando-se desta forma praticamente inexistente o padrão do certo e do errado.

Pode-se por isto mesmo, com Vicente Ráo, sustentar que o princípio da irretroatividade atende a necessidade essencial do próprio ser humano:

A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto a sua vida passada. Por essa parte de

sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças.

Por isto os sistemas jurídicos dos países civilizados consagram o princípio da irretroatividade das leis. “As leis, como regra fundamental, não retroagem, porque só assim os direitos e situações gerados na vigência delas gozam de estabilidade e segurança”.¹⁸

Como forma de garantir a estabilidade das relações jurídicas, o princípio da irretroatividade há de ser universal. Editada uma lei, sem referência expressa a sua aplicação ao passado, certamente só ao futuro será aplicável. E se o legislador pretender disciplinar fatos já ocorridos, o que excepcionalmente pode fazer, terá de respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, que no Brasil constitui expressa determinação constitucional.

4.1.3 Exemplos de amesquinamento do princípio da irretroatividade

Não obstante a importância do princípio da irretroatividade das leis, e talvez em razão da existência de norma constitucional específica que enseja interpretação literal limitadora, esse princípio tem sido entre nós freqüentemente amesquinado pelo fisco. E o Poder Judiciário nem sempre tem sabido amparar o direito do contribuinte, admitindo às vezes a prevalência da interpretação literal que reduz significativamente a sua utilidade.

Entre os muitos exemplos que poderiam aqui ser arrolados, de amesquinamento do princípio da irretroatividade, vamos examinar apenas dois. Um, já apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, que infelizmente não lhe deu o alcance que efetivamente tem para alcançar sua real finalidade que é a preservação da segurança jurídica, diz respeito ao imposto de importação. O outro, ainda objeto de disputa judicial, e sobre o qual ainda vai decidir a Corte Maior, sendo razoável esperar-se que desta vez faça valer o princípio, diz respeito ao efeito retroativo de decisão que declara a inconstitucionalidade de lei.

4.1.3.1 A irretroatividade e o imposto de importação

Já por várias vezes foram elevadas alíquotas do imposto de importação e o fisco cobrou o imposto correspondente mediante aplicação das alíquotas majoradas, mesmo em relação a produtos que se encontravam já no território nacional no momento da majoração.

A alíquota do imposto de importação para automóveis foi elevada pelo menos duas vezes recentemente. Na primeira delas, ficou dito expressamente que o aumento seria cobrado apenas em relação às importações que ainda não estivessem em curso. Na segunda, porém, de maior expressão econômica, nenhuma ressalva se fez e a cobrança do aumento alcançou automóveis já desembarcados nos portos brasileiros, simplesmente porque não se dera ainda o respectivo desembarço aduaneiro.

O Judiciário, infelizmente, limitou-se à interpretação literal do art. 150, inciso III, alínea "a". Afastou-se, porém, da literalidade do art. 19, do CTN, que praticamente desconsiderou, para admitir que o fato gerador do imposto de importação é o desembarço aduaneiro dos bens importados, e assim decidiu a final a favor do fisco, validando a cobrança do imposto com alíquota elevada, mesmo em relação aos automóveis que se encontravam já no pátio da repartição aduaneira na data do aumento.

A propósito do assunto já escrevi:

Quando se tenha de resolver questão de direito intertemporal, a entrada da mercadoria no território nacional não pode ser vista como fato isolado. Ela decorre de um conjunto de outros fatos que não podem ser ignorados, para que se faça efetiva a irretroatividade das leis como manifestação do princípio da segurança jurídica.

Obtida a guia de importação, ou forma equivalente de autorização da importação, se necessária, ou efetuado o contrato de câmbio, e efetivada a aquisição do bem no exterior, o importador tem direito a que a importação se complete no regime jurídico então vigente. Se ocorre redução de alíquota do imposto de importação antes do desembarço aduaneiro, é razoável admitir-se que o imposto seja pago pela alíquota menor. Se ocorre aumento, devem ser respeitadas as situações jurídicas já constituídas. O art. 150, inciso III, alínea "a", combinado com o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal o determinam.

Se o importador já está juridicamente vinculado a situação cujo desfazimento lhe causará prejuízo significativo, evidentemente está incorporado a seu patrimônio o direito de ter consumada a importação à luz do regime jurídico, inclusive tributário, então vigente. Salvo se as alterações desse regime jurídico o favoreçam, pois neste caso não se aplica o princípio da irretroatividade.

Com efeito, a não ser assim, estaria inviabilizada a importação, como atividade empresarial. O governo poderia levar à ruína qualquer importador com um simples ato de elevação de alíquota do imposto de importação, o que efetivamente não é compatível com o Estado de Direito que assegura a livre iniciativa econômica.

Muitos importadores já haviam vendido vários dos automóveis e ficaram em situação difícil, forçados a arcar com o prejuízo decorrente do au-

mento da alíquota do imposto de importação. Daí em diante, ao efetuarem venda de automóveis ainda não recebidos, passaram a fazer constar dos contratos correspondentes cláusula estabelecendo que o preço respectivo seria reajustado na hipótese de aumento do imposto. Tal solução, porém, apenas em parte resolve o problema. Ampara o importador vendedor, mas deixa desprotegido o comprador, que a final poderá ter que pagar um preço que, se conhecido na data da compra, teria motivado decisão diversa. Seja como for, deixa evidente a insegurança jurídica, que o contrato apenas consegue transferir do importador vendedor para o comprador.

4.1.3.2 A irretroatividade e a declaração de inconstitucionalidade da lei tributária

Geralmente a lei tributária que é declarada inconstitucional é lei mais gravosa. Sua retirada do ordenamento jurídico, assim, favorece o contribuinte com uma redução do ônus tributário. Aliás, também em outras áreas do Direito, os dispositivos de lei declarados inconstitucionais geralmente são detrimientos para o cidadão. Afinal, a garantia de que as leis devem ser elaboradas de acordo com a Constituição é uma garantia do cidadão, que tem exatamente a finalidade de livrá-lo de leis arbitrárias, que lhes imponham restrições ou ônus incompatíveis com os preceitos da Constituição.

É justo, pois, que a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei produza efeitos retroativos, e em defesa dessa tese tem sido invocada a doutrina de Kelsen. Colhe-se isoladamente a afirmação do Mestre de Viena, segundo a qual uma lei dita inconstitucional “não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.”²⁰ O equívoco, porém, é evidente. Na verdade, segundo Kelsen, a afirmação de que uma lei é inconstitucional é contraditória porque todas as leis devem ser de conformidade com a Constituição. Entretanto, Kelsen explica que a afirmação de que uma lei é inconstitucional significa dizer que a lei assim qualificada “pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.”

Realmente, a doutrina de Kelsen é a que melhor explica o controle concentrado de constitucionalidade, atribuindo à declaração de inconstitucionalidade, nesse campo, efeitos de verdadeira produção normativa, que se operam para todos e para o futuro, como em princípio deve ocorrer com toda norma jurídica. Por isto é que no dizer de Spisso “*el efecto erga omnes de las sentencias anulatorias de las leyes, residuo de su concepción como decisión legislativa, leys da a tales sistemas estrechas vinculaciones com el modelo kelseniano*”.²¹

Realmente, segundo a Teoria Pura do Direito, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei equivale a sua revogação. Tem, portanto, a natureza de ato legislativo e assim, tal como acontece com os atos legislativos em geral, não pode produzir efeitos retroativos, salvo em favor do cidadão. E esta é a doutrina que melhor preserva a segurança, e assim melhor realiza o objetivo fundamental de toda ordem jurídica democrática.

Esta é, aliás, a diretriz seguida pelo moderno constitucionalismo europeu. A Constituição da Itália, por exemplo, estabelece: “quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato com forma de lei, a norma perde a sua eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão” (art. 136).

Depois de fazer profunda análise do sistema europeu de controle de constitucionalidade, assevera Villalón:

En este punto cabe afirmar que la tendencia general de la época es la atribución de efectos ex nunc o pro futuro a las declaraciones de inconstitucionalidad, sobre la base - ello va implícito en el “sistema europeo” - de que se trata de efectos generales o erga omnes. Absolutamente consecuente, sin embargo, sólo aparece el ordenamiento austríaco, quien habla expresa e inequívocamente de “derogación” e incluso admite una “vacatio” primero de seis meses, luego de un año, para la entrada en vigor de dicha derogación.²²

Sabemos todos que o direito austríaco muito deve ao Mestre de Viena, especialmente no que diz respeito ao tema que estamos analisando. Seja como for, verdade é que não se pode negar a adequação da tese que atribui efeitos normativos à declaração de inconstitucionalidade, com as conseqüências daí decorrentes, como instrumento de proteção da segurança jurídica.

Ressalte-se, finalmente, a lição de Paulo Bonavides, inegavelmente o grande expoente da doutrina do Direito Constitucional no Brasil, a demonstrar o ajustamento da doutrina estrangeira no caso de que se cuida. Mestre Paulo Bonavides, que em seu excelente *Curso de Direito Constitucional* examina com propriedade a doutrina do controle de constitucionalidade, manifesta-se decididamente contrário à aplicação pura e simples da doutrina das nulidades no campo do controle concentrado de constitucionalidade, e preconiza, como temos feito, a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade neste proferida, assevera com incontestável razão:

Não se contraponha que as considerações copiosamente expendidas acerca dessa nova direção jurisprudencial se prendem a sistemas jurídicos diferentes, ao direito de outros países e que são de todo inúteis para a nossa ordem de instituições. A uma assertiva desse jaez, notoriamente inane e descabida, basta, para desvanecê-la, não perder de memória que todo o Direito

Constitucional brasileiro durante a Primeira República evoluiu doutrinariamente atado a clássicos do direito público norte-americano e a juizes célebres da Suprema Corte dos Estados Unidos, cujas lições sobre ‘judicial control’, por exemplo, foram aqui acolhidas em razões forenses, arestos, artigos de doutrina, bem como a inumeráveis publicações que opulentaram nossas letras jurídicas.²³

Manifestou-se já o Supremo Tribunal Federal no sentido de que

a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito. - A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional.²⁴

Manifestou-se também o Supremo Tribunal Federal no sentido de que o deferimento de medida liminar, em ação direta declaratória de inconstitucionalidade, produz efeitos *ex nunc*. O ato normativo cuja constitucionalidade é discutida fica com sua vigência suspensa até o julgamento definitivo.²⁵

Pode-se, portanto, afirmar que a jurisprudência da Corte Maior é no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, ou efeitos retroativos.

Isto, porém, não quer dizer que seja sempre assim. Uma decisão judicial deve ser interpretada tendo-se em vista a questão posta em apreciação. Como assevera Ganuzas, com fundamento na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, o direito à tutela jurisdicional, garantido pela Constituição daquele país, da mesma forma que é pela nossa Constituição, inclui o direito de obter uma decisão na qual se ofereça resposta judicial adequada às questões postas pelas partes.²⁶

Assim, somente quando seja colocada perante o Supremo Tribunal Federal a questão dos efeitos retroativos prejudiciais ao contribuinte que vinha cumprindo a lei declarada inconstitucional é que se terá uma decisão que vai definir essa questão. Por enquanto, tem-se jurisprudência afirmando

a produção de efeitos retroativos, ou *ex tunc*, mas com certeza a questão posta não foi a de saber se tais efeitos retroativos se operam contra o cidadão para favorecer o Estado. Afinal, além de ser a supremacia constitucional uma garantia do cidadão, responsável pela produção de lei inconstitucional não é este, mas o Estado.

E tudo nos leva a acreditar que o Supremo Tribunal Federal, tendo de examinar essa questão, decidirá pela preservação da segurança jurídica. Neste sentido, aliás, já o legislador cuidou de deixar aberto o caminho. Embora tenha estabelecido que a decisão em tela produz efeitos *ex tunc*, deixou clara a ressalva, como a seguir se verá.

A Lei n. 9.868, de 11 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, estabelece que

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.²⁷

Assim, não obstante tenha consagrado implicitamente a posição que vinha sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, atributiva de efeitos *ex tunc* às declarações de inconstitucionalidade, o legislador expressamente autorizou a Corte Maior a dispor de modo diverso, para preservar a segurança jurídica e o excepcional interesse social.

Embora desnecessária, porque na verdade o próprio Supremo Tribunal Federal já podia ter definido em sua jurisprudência tais efeitos, a edição do dispositivo legal em tela tem o mérito de contribuir para a superação de posições excessivamente cautelosas, para não dizer tímidas, da Corte Maior, que não se tem adiantado na construção do sistema jurídico.

Resta saber qual o alcance dessa prescrição legislativa, uma vez que a referência a *razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social* na verdade não o definem. Embora tenha o indiscutível mérito de abrir caminho para o Supremo Tribunal Federal construir, como se espera, uma jurisprudência que a final preserve a supremacia constitucional, garantindo o direito fundamental à segurança jurídica, enseja também, o que se espera não venha a ocorrer, a prestação de eventuais homenagens ao autoritarismo, com o indesejável amesquinamento da segurança jurídica.

Oportuno, portanto, é insistirmos em que uma declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, da qual resulta o restabelecimento de norma mais gravosa para o contribuinte, lesiona a segu-

rança jurídica da mesma forma que o faz a edição de leis retroativas criando ou majorando tributos. Na verdade a segurança jurídica somente será preservada com a garantia da irretroatividade das leis e demais atos normativos, como princípio, posto que a irretroatividade garantidora dos direitos faz parte da própria essência do jurídico.

Essa irretroatividade, que há de ser garantida, não diz respeito apenas à edição de leis pelo parlamento. Ela abrange, também, os demais atos estatais que impliquem aplicação de qualquer norma a fatos do passado, e da qual decorra um detrimento para o cidadão.

4.1.3.3 A irretroatividade e a declaração de inconstitucionalidade da lei tributária

No presente momento importante questão está sendo colocada sob a apreciação do Judiciário. As empresas agroindustriais deveriam pagar suas contribuições sobre a folha de salários, relativamente ao setor industrial, e sobre a produção, relativamente ao setor agrícola ou pastoril. Ocorre que empresas cujo processo produtivo é totalmente automatizado, e por isto mesmo a mão de obra é de valor diminuto em relação à produção, provocaram, por intermédio da Confederação respectiva, o Supremo Tribunal Federal, e este declarou inconstitucional o dispositivo de lei que estabelecia aquela forma de calcular a contribuição das agroindústrias para a Seguridade Social. E em face dessa decisão o INSS passou a exigir das agroindústrias que, em relação ao setor agrícola ou pastoril que tem folhas de salários elevadas e havia pago contribuições sobre a produção, a diferença entre o valor destas e o valor das contribuições calculadas sobre as folhas de salários.

Tal exigência é incompatível com a segurança jurídica. A empresa agroindustrial praticou suas operações sob o regime jurídico de uma lei que se presumia constitucional. Formulou o seu plano de atividades com fundamento nesse regime jurídico. Estabeleceu os preços de seus produtos com base na lei vigente, presumidamente constitucional. Em face da declaração de sua inconstitucionalidade, não é razoável submetê-la a regime tributário mais gravoso.

É razoável, pois, esperar-se que o Supremo Tribunal Federal prestigie o princípio da segurança jurídica e decida que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade operam-se retroativamente apenas a favor do cidadão, não podendo implicar gravame para o contribuinte. Assim, em relação àquelas empresas agro-industriais com folha de salário do setor rural muito elevadas, que por isto mesmo deverão pagar, em face da declaração de inconstitucionalidade, contribuição mais elevada, não terá a declaração de inconstitucionalidade efeito retroativo. E em relação àquelas empresas agro-industriais com folha de salários do setor rural diminuta, que por isto mesmo sejam favorecidas com a declaração de inconstitucionalidade, esta haverá de produzir efeitos retroativos. Afinal a Corte Maior já decidiu que o princí-

pio da irretroatividade é uma garantia do cidadão, que não impede o Estado de dispor retroativamente em benefício do particular.²⁸

4.1.3.4 O dever de fundamentar e os impostos flexíveis

É hoje praticamente pacífica a idéia segundo a qual o ato administrativo em geral deve ser motivado. Salvo algum dos administrativistas que ainda conservam o ranço do autoritarismo, a doutrina é firme no sentido da necessidade de fundamentação dos atos administrativos.

Em nosso Sistema Tributário prevalece o princípio da estrita legalidade. Entretanto, em relação a alguns impostos a Constituição Federal atribui certa margem de liberdade à Administração, para alterar as respectivas alíquotas. Isto acontece com os impostos sobre o comércio exterior, vale dizer, imposto de importação e de exportação, com o imposto sobre produtos industrializados, e imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros, e sobre títulos e valores mobiliários.

A faculdade da Administração de aumentar ou reduzir ditos impostos, porém, há de ser exercida dentro de certos parâmetros, pois a Constituição exige sejam “atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei”.²⁹

Na prática, porém, essa limitação tem sido flagrantemente burlada, mediante motivação genérica, excessivamente abrangente, que não atende a exigência constitucional, e o Poder Judiciário se tem mostrado complacente, admitindo a validade dos atos que elevam alíquotas daqueles impostos de forma inteiramente discricionária.

Aliás, mesmo que se entenda tratar-se de poder discricionário, o controle judicial é cabível, e a motivação objetiva exigível. Hoje até por força de dispositivo legal expresso³⁰, porque a alteração de alíquota de um imposto, para maior, é ato administrativo que sempre afeta interesses e agrava deveres ou encargos. E mesmo quando se trate de redução, algum interesse poderá estar sendo afetado, especialmente o próprio interesse público na arrecadação do imposto.

A motivação dos atos administrativos em geral é indiscutivelmente um instrumento de controle. Seja do controle judicial, seja do controle diretamente democrático, configurando-se como elemento que vai permitir à opinião pública ter a certeza a respeito da legitimidade e racionalidade do exercício do poder pela Administração, na medida em que através dela os órgãos administrativos reconduzem seus atos a uma regra de Direito, prestando assim contas do uso de seus poderes e evitando que suas decisões apareçam como algo meramente voluntarista ou arbitrário.³¹

Para que exista efetivo controle, porém, mister se faz que a motivação seja objetiva e específica. Não pode ficar perdida em conceitos vagos. Não pode ser motivação que se preste para tudo, pois se a tudo serve não serve a nada.

Em relação ao imposto de exportação, por exemplo, nos termos da Lei n. 9.716, de 26/11/1998, tem-se que a alíquota “ad valorem” é de 30% (trinta por cento), “*facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou aumentá-la, para atender aos objetivos da política cambial e do comércio exterior.*” (art. 3º). E a alíquota máxima não pode ser superior a cento e cinquenta por cento (art. 3º, parágrafo único).

A rigor, cada redução, ou aumento, tem de ser objetivamente justificado. Não basta que o ato do Poder Executivo diga que a redução ou o aumento se faz para atender aos objetivos da política cambial e do comércio exterior, reproduzindo-se as expressões genéricas utilizadas na lei. Tal justificação, feita nesses termos, nada justifica. Serve para toda e qualquer situação e, por isto mesmo, para nada serve, a não ser para evidenciar o exercício arbitrário do poder de tributar.³²

4.1.3.5 A contribuição de melhoria

Com a contribuição de melhoria temos outro exemplo de situação que demonstra o acerto da advertência do Professor Bonavides, quanto àquele aspecto desintegrativo dos fundamentos jurídicos da ordem constitucional que tem acompanhado de perto a crise das Constituições, contribuindo largamente a desprestigiá-las e desvalorizá-las como formas clássicas idôneas para afiançar o exercício de poderes limitados nos rígidos moldes de um Estado de direito, protetor das liberdades humanas.

Sobre o tema já escrevemos:

Autorizando a instituição de *contribuição de melhoria*, o legislador constituinte autorizou a instituição de uma espécie de tributo que tem os seus contornos conhecidos, resultantes da própria razão de ser, de sua finalidade essencial.

A contribuição de melhoria, doutrina com propriedade Aliomar Baleeiro, consubstancia “*a recuperação do enriquecimento ganho por um proprietário em virtude de obra pública concreta no local da situação do prédio.*” (Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 10. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 359). E se é recuperação, não pode ter valor mais elevado do que o desembolso a ser recuperado.

Da obra pública resultam vantagens gerais para toda a comunidade, mas resulta uma vantagem especial para os proprietários de imóveis no local em que se encarta. Não é justo que estes proprietários usufruam dessa valorização, decorrente de obra realizada com o dinheiro do Tesouro Público. Não é justo que os contribuintes em geral paguem impostos, e do emprego dos recursos públicos resulte valorização imobiliária para determinadas pessoas. Dessa valorização o Tesouro tem o direito de recuperar o que gastou com a obra respectiva. Por isto é que

os financistas imaginaram um tributo capaz de fazer retornar ao Tesouro o valor despendido em obras públicas, até o limite da valorização imobiliária decorrente.

A não ser para cumprir essa finalidade, a contribuição de melhoria não tem nenhuma razão de ser. Por isto mesmo, aliás, a Constituição Federal de 1988 poderia, em seu art. 145, inciso III, ter feito referência, simplesmente, a contribuição de melhoria. Isto não poderia ser tido como autorização ao legislador para instituí-la sem os contornos que a distinguem das demais espécies de tributo.

Em excelente monografia a respeito dessa espécie de tributo, assevera Cadavid, com inteira propriedade: “*Como imposición fiscal de finalidad, el destino de la contribución no puede ser otro que atender a los costos de la obra de interés público o, subsidiariamente, para los casos en que la obra se haya construido con anterioridad a la contribución, recuperar para la entidad pública los dineros invertidos en su ejecución.* (Alberto Fernández Cadavid, *La Contribución de Valorización en Colombia*, Segunda edición, Temis, 1981, p.23).

Referindo-se à contribuição de melhoria, evidentemente o constituinte não precisava ser minudente, não precisava, como efetivamente não precisa, referir-se aos elementos que integram o conceito dessa espécie tributária. Entretanto, doutrinadores menos atentos para aquele aspecto desintegrativo dos fundamentos jurídicos da ordem constitucional que tem acompanhado de perto a crise das Constituições, terminam por colaborar para o agravamento dessa crise, preconizando a necessidade de normas minudentes na Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASOREY, Rúben O. Protección constitucional de los contribuyentes frente a la arbitrariedad de las administraciones tributarias. In: *Protección Constitucional de los Contribuyentes*. Educa/Maracial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1997.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *Curso de Direito Fiscal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1972.

GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. *Jura Novit Curia y aplicación judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

- JARAMILLO, José Vicente Troya. Finanzas Públicas y Derecho Constitucional. *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, n. 5, ano 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 28. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.
- MACHADO, Hugo de Brito. Os impostos flexíveis e a motivação dos atos administrativos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 63, dez./2000.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Os limites da contribuição de melhoria. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 21, jul./1996.
- MARTÍNEZ, Joaquín Álvarez. *La Motivación de los Actos Tributarios*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SPISSO, Rodolfo R. *Derecho Constitucional Tributário*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. Sigilo Bancário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 66, p. 67-75, mar/2001.
- TIPKE, Klaus. El Derecho Tributario Constitucional en Europa. *Revista Euroamericana de Estudios Tributarios*, Madrid, n. 5, Mayo/Agosto 2000.
- VILLALÓN, Pedro Cruz. *La Formacion del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- WILLEMART, Elisabeth. *Les Limites Constitutionnelles du Pouvoir Fiscal*. Bruxelles: Bruylant, 1999.

¹ No final de 1998, em Lisboa, por ocasião das “XIX Jornadas Latino-americanas de Direito Tributário”, propusemos como tema central para as “XX Jornadas”, que seriam realizadas no Brasil, o tema *Supremacia Constitucional e Tributação*. Alguns colegas, entretanto, objetaram que a questão da supremacia constitucional não era importante, e que somente no Brasil o assunto merecia certa atenção, pelo fato de ser a nossa Constituição rica em normas a respeito de tributos. Fiquei vencido. Prevaleceu a proposta do tema *Tributação e Direitos Humanos*. Perdemos, assim, excelente oportunidade de debater com os colegas da América Latina, e de alguns países da Europa, a questão da supremacia constitucional como garantia do contribuinte.

² Exemplo disto é o bem elaborado estudo de Kleber Augusto Tagliaferro, ilustre Procurador Seccional da Fazenda Nacional em Marília-SP sobre sigilo bancário, publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 66, p. 67-75.

- ³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 32.
- ⁴ ASOREY, Rúben O. Protección constitucional de los contribuyentes frente a la arbitrariedad de las administraciones tributarias. In: *Protección Constitucional de los Contribuyentes*. Educa/Maracial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 26.
- ⁵ TIPKE, Klaus. El Derecho Tributario Constitucional en Europa. *Revista Euroamericana de Estudios Tributarios*, IET e EF: Madrid, n. 5, Mayo/Agosto 2000, p. 19-20.
- ⁶ WILLEMART, Elisabeth. *Les Limites Constitutionnelles du Pouvoir Fiscal*. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 1.
- ⁷ CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *Curso de Direito Fiscal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1972, p. 266.
- ⁸ ASOREY, *op. cit.*, p. 25-6.
- ⁹ JARAMILLO, José Vicente Troya. Finanzas Públicas y Derecho Constitucional. *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, ano 1998, n. 5, p. 9.
- ¹⁰ A Constituição *mais rica*, no sentido de ser a Constituição que alberga maior número de normas, sem qualquer sentido valorativo, sem qualquer valoração da qualidade técnica dessas normas.
- ¹¹ Código Penal, art. 316, § 1º, com redação que lhe deu o art. 20, da Lei n. 8.137, de 27.12.1990.
- ¹² Constituição Federal de 1988, art. 2º.
- ¹³ Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXVI.
- ¹⁴ Constituição Federal de 1988, art. 150, inciso III, alínea “a”.
- ¹⁵ PESSOA DE MENDONÇA, Maria Luiza Vianna. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 62.
- ¹⁶ SHAW, José Luís *Apud* PESSOA DE MENDONÇA, Maria Luiza Vianna, *op. cit.*, p. 63.
- ¹⁷ *Apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 216.
- ¹⁸ LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 28. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1986, p. 143.
- ¹⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 252-3.
- ²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 367.
- ²¹ SPISSO, Rodolfo R. *Derecho Constitucional Tributário*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 338.
- ²² VILLALÓN, Pedro Cruz. *La Formacion del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 416.
- ²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 309.
- ²⁴ STF - Pleno, Ac. un. ADIn 652-5-MA - Questão de Ordem - Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 02/04/1993, p. 5.615.
- ²⁵ STF - Pleno, ADIn 00007114/600 - Questão de Ordem, Rel. Min. Neri da Silveira, julgada em 05/08/1992, DJU de 11/06/1993, p. 11.529 e Repertório IOB de Jurisprudência n. 13/93, p. 255/256.
- ²⁶ GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. *Jura Novit Curia y aplicación judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 41-2.
- ²⁷ Artigo 27.
- ²⁸ STF - RE n. 184.099-DF, rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 10/12/1996. (Informativo STF n. 57).
- ²⁹ Constituição Federal de 1988, art. 153, § 1º.
- ³⁰ Lei n. 9.784, de 29/01/1999, art. 50, incisos I e II.
- ³¹ MARTÍNEZ, Joaquín Álvarez, *La Motivación de los Actos Tributarios*: Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 95-6.

³² Veja-se sobre este assunto nosso artigo “Os impostos flexíveis e a motivação dos atos administrativos”, na *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 63, dez./2000.

³³ MACHADO, Hugo de Brito. Os limites da contribuição de melhoria. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 21, p. 60.

ABSTRACT

Constitutional supremacy is to become a reality only as constitutional principles are unrestrictedly used, avoiding arbitrary lawmaking activity. Detailing constitutional rules in taxation may undermine juridical security for the citizens.

KEYWORDS

Constitutional supremacy. Constitutional Tax Law. Principles. Non-retroactivity. Juridical Security.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS “GERAIS” E A INTEGRIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

*Hugo de Brito Machado Segundo**

Introdução. 1 Contribuições: espécies e subespécies. 2 A insuficiência do elemento literal. 3 Contribuições se caracterizam por uma finalidade determinada. 4 Contribuições sociais “gerais” e a racionalidade do Sistema Tributário. 5 Contribuições sociais “gerais” e a Federação. 6 Sopesamento de princípios e a relativização de direitos fundamentais. 6.1 Noções. 6.2 Conflito de princípios no âmbito das contribuições. Sua conciliação. Conclusões.

RESUMO

Discute o autor as espécies e a natureza jurídica das contribuições sociais referidas no art. 149 da Constituição Federal de 1988, em razão de opiniões doutrinárias que reconhecem em seu texto a ocorrência de contribuições sociais “gerais”, o que seria uma quarta espécie delas.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema Tributário. Contribuições Sociais. Federação. Princípios. Competência tributária.

INTRODUÇÃO

A positivação, no Texto Constitucional, de espécies tributárias que se caracterizam pela respectiva finalidade, fez necessária a construção – ou a reconstrução – de parte da Ciência do Direito Tributário, pelo menos no que pertine à explicação desse novo modelo de validação constitucional, inteiramente distinto daquele aplicável a impostos e taxas.

Muitas dificuldades surgiram, e subsistem, nesse mister. No seu enfrentamento, há doutrinadores que se recusam a admitir a natureza específica das contribuições, aprisionados no paradigma “impostos x taxas”. Observam-se, também, aqueles outros que, diante da novidade, aceitam-na incondicionalmente e supervalorizam as suas potencialidades, fascinados pelo novo, tachando toda a doutrina preexistente de ultrapassada e ineficaz. É importante, em momentos assim, evitar posições extremadas, tendo sempre em mente a lição de Pontes de Miranda, para quem o cientista do Direito deve ter, como qualquer cientista, aquele senso, “para que se não apegue, demasiado, às convicções que tem, nem se deixe levar facilmente pela sedu-

* Advogado em Fortaleza. Mestrando em Direito pela UFC. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Christus. Membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE. Membro do ICET - Instituto Cearense de Estudos Tributários.

ção do novo: a Ciência é a livre disponibilidade do espírito, mas tem peneira fina, que é a da *verificabilidade*”.¹

Nesse contexto, deve-se admitir que as contribuições são, sem dúvida, espécie tributária distinta, submetida a regramento em alguns aspectos diferente daquele aplicável a impostos e taxas. Não se pode esquecer, contudo, que não houve extinção da figura dos impostos e das taxas, que subsistem em nosso Sistema Tributário, e, especialmente, que a forma adotada pelo Estado brasileiro continua sendo a federativa, a qual foi fortalecida, e não mitigada, pela Constituição Federal de 1988. Esses dois elementos são da maior importância no exame de quaisquer problemas relacionados às contribuições.

E problemas jurídicos no âmbito das contribuições não faltam. A maior parte deles se situa na área da chamada *validação finalística*, exatamente o traço distintivo das contribuições. Desde aspectos pertinentes ao plano normativo, como, *v.g.*, sobre quais circunstâncias autorizam a instituição de contribuições, até questões relativas ao plano fático, como, por exemplo, verificar se está havendo efetivo atendimento da finalidade que justifica a contribuição e quais as conseqüências de eventuais desvios, tudo é novo se comparado à vetusta teoria dedicada a impostos e taxas, suscitando assim profundas controvérsias, e carecendo ainda da devida experimentação e teorização.

Sobre as circunstâncias que justificam a instituição de contribuições, ou, especificamente, sobre as finalidades para as quais estas se podem prestar, questão bastante relevante, e que colhemos para exame no presente texto, é a de saber quais espécies – ou subespécies – de contribuições são admitidas pela Constituição, e, especialmente, se existe a possibilidade de serem instituídas contribuições sociais “gerais” além daquelas já expressamente previstas ao longo da Constituição Federal.

É do que cuidamos a seguir.

1 CONTRIBUIÇÕES: ESPÉCIES E SUBESPÉCIES

O art. 149 da Constituição Federal, dispositivo por meio do qual se atribuiu à União Federal competência para instituir contribuições, tem o seu *caput* redigido da seguinte forma:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

A partir do dispositivo acima, e a despeito de algumas divergências a nosso ver meramente terminológicas, a doutrina tem dividido as contribui-

ções em três espécies ², a saber: (a) contribuições sociais; (b) contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas e (c) contribuições de intervenção no domínio econômico.

Discrepâncias substanciais surgem quando se perquire acerca das subdivisões das (a) contribuições sociais, que se podem prestar (a.1) ao custeio da Seguridade Social e (a.2) ao financiamento de outras atividades sociais. Para alguns autores, essas contribuições sociais não destinadas à Seguridade Social (a.2) seriam não apenas aquelas expressamente previstas na CF/88 (v.g. PIS e Salário Educação), mas quaisquer outras, desde que se destinem a uma finalidade social.

É o que chamam de contribuições sociais “gerais”, que recebem essa qualificação exatamente porque não têm sua finalidade especificada constitucionalmente. Seu leque de possibilidades seria amplo, porquanto poderia abranger saúde; educação; proteção ao trabalho, à criança, ao adolescente, à família, ao idoso e aos índios; incentivo à educação, à cultura, ao desporto, à comunicação social e ao meio ambiente; enfim, toda a gama de conceitos que podem ser abrangidos sob a expressão “social”.

Um dos autores que parece admitir a existência de contribuições sociais gerais é Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem o art. 149 da Constituição

sugere quatro espécies de contribuições: 1) contribuições sociais de destinação não constitucionalmente determinada; 2) contribuições de intervenção no domínio econômico; 3) contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas; e 4) contribuições para a seguridade social.

A primeira espécie é novidade. Fica assim a União autorizada a instituir as contribuições sociais que se justificarem, observadas as normas dos arts. 146, III, e 150, I e III.

Não obstante o imenso respeito que merecem Manoel Gonçalves Ferreira Filho e os demais doutrinadores que entendem possível a instituição de contribuições sociais gerais, “de destinação não constitucionalmente determinada”, tal orientação não nos parece procedente, especialmente por conduzir, de uma vez por todas, à destruição da racionalidade de nosso Sistema Tributário e ao fim da Federação.

2 A INSUFICIÊNCIA DO ELEMENTO LITERAL

É verdade que, em face da literalidade do art. 149 da Constituição, parece possível afirmar a existência de contribuições sociais gerais, ao lado das contribuições de intervenção no domínio econômico, de interesse de categorias profissionais ou econômicas, e de custeio da seguridade social.

Entretanto, a literalidade também nos autoriza a afirmar que “contribuições sociais” é referência genérica a uma espécie que se divide em *a)* contribuições sociais de intervenção no domínio econômico, *b)* contribuições sociais de interesse de categorias profissionais ou econômicas, e *c)* contribuições sociais de custeio da seguridade social.⁴ As contribuições ao PIS e salário educação, entre outras referidas em dispositivos constitucionais esparsos, seriam exceções à classificação exaustiva feita pelo art. 149, admissíveis apenas por haverem sido introduzidas no ordenamento por norma de igual hierarquia.

Por outro lado, a expressão literal do art. 149 da CF não desautoriza a afirmação segundo a qual as contribuições sociais ali referidas são precisamente as de seguridade social e as demais contribuições de finalidade social elencadas de modo expresso ao longo da Carta, como as contribuições ao PIS e ao salário educação, sem espaço para contribuições “gerais”. Realmente, em momento algum o art. 149 assevera que as contribuições a que alude o art. 195 não são sociais, embora estejam submetidas a alguns dispositivos específicos, única ressalva feita na parte final do dispositivo.

Tudo isso mostra que o elemento literal não nos oferece resposta ao problema aqui questionado. Qualquer solução, em face dele, é possível, o que revela ser indispensável o emprego de outros métodos exegéticos, e o acerto de todos que no elemento literal vêem apenas um ponto de partida para a atividade interpretativa, tão necessário quanto insuficiente para dar ao intérprete resultados conclusivos.⁵

Assim, nos itens seguintes, ao invés de se discutir o significado da posição das vírgulas empregadas na redação do art. 149 da Constituição, analisar-se-á a natureza das contribuições, e a força normativa de princípios que com elas se relacionam diretamente. Esse é o caminho seguro para descobrirmos se a Constituição admite, ou não, a criação de contribuições sociais “gerais”.

3 CONTRIBUIÇÕES SE CARACTERIZAM POR UMA FINALIDADE DETERMINADA

É relativamente pacífico, entre doutrinadores e nos Tribunais, que as contribuições são espécie tributária que se caracteriza pela respectiva finalidade. Essa frase é invocada, nem sempre de modo pertinente, como uma fórmula mágica, com a qual o Fisco pretende – e às vezes consegue – instituir exações não submetidas a imunidades, que invadem competências de outros entes federados e desvencilham-se de princípios constitucionais tributários da mais alta significação. Nada se lhe aplica, porquanto o importante é a finalidade constitucionalmente definida, e por isso – há quem conclua – sacrossantos são os meios para tanto empregados.

Sem entrar em tais discussões, que, embora do maior relevo, não teriam pertinência aqui, importa no momento apenas colher a afirmação, de resto admitida, de que a limitação constitucional à criação e à cobrança de contribuições é, por excelência, a vinculação destas a uma finalidade específica e determinada na própria Carta Magna. Ao dizer-se isto, pressupõe-se que essa finalidade seja certa⁶, de sorte a distinguir as contribuições dos demais tributos, e também distingui-las entre si.

O que é, então, uma contribuição social geral, sem finalidade determinada de modo específico na Constituição? Parece-nos, pura e simplesmente, uma enorme contradição, que serve de disfarce para a instituição de impostos inconstitucionais. Dizer-se contribuição sem finalidade específica é o mesmo que dizer contribuição que não é contribuição: absurdo que dispensa maiores comentários.

4 CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS “GERAIS” E A RACIONALIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

Poder-se-ia contraditar o que afirmamos no item anterior com a seguinte objeção: as contribuições sociais “gerais” têm, sim, uma finalidade determinada na Constituição, na medida em que se prestam para custear atividades relacionadas à ordem social, referidas nos arts. 193 a 232 da CF/88. Poderia ser criada uma contribuição específica para custear a FUNAI, que ampara os índios. Outras, cada uma específica, para saúde, comunicação, educação, cultura, desporto, etc.

É essa a doutrina de Ricardo Conceição de Souza, que, em recente e muito bem feita obra sobre o assunto, disserta:

Pensamos que a União tem competência para instituir contribuições como instrumento de sua atuação em qualquer segmento da ordem social, de que trata o Título VIII da Constituição da República.

Se assim não fosse, o art. 149 da Carta Constitucional não teria sentido algum.

Vale dizer, se a União tivesse competência apenas para instituir contribuições sociais discriminadas no próprio corpo da Constituição, como sucede em relação aos artigos 195, 212, § 5.º, e 239, o art. 149 seria desprovido de sentido jurídico, o que nos parece sem fundamento.

Ora, se as contribuições são somente aquelas dos artigos supra citados, não haveria necessidade do constituinte preocupar-se na elaboração do art. 149, cujo conteúdo ou estaria esvaziado, ou seria mera redundância.

Neste tipo de trilha, também não haveria como explicar as contribuições previstas no art. 240, já que o mesmo não indica nenhum signo presuntivo de riqueza, mas apenas uma finalidade.

O fato é que o art. 149 é a regra-matriz, enquanto os outros dispositivos constitucionais citados têm função de especialização.⁷

Não obstante o respeito que merece citado autor, seu argumento, *data venia*, é de procedência apenas aparente. Tanto as premissas quanto as conclusões a que chega não são acertadas, sendo inadequado defender a existência de contribuições sociais gerais sob a singela justificativa de, assim, se estar atribuindo algum sentido ao art. 149, atendendo às preocupações do constituinte que o redigiu.

Inicialmente, em 1988 não houve “um constituinte”, que “se preocupou” com o art. 149, e sim um corpo democrático e heterogêneo de parlamentares que elaborou um documento, no qual foram conciliados os mais contraditórios interesses, não sendo assim exigível do texto da CF/88 – nem de nenhuma outra Constituição prolixa e democrática – absolutas coerência e precisão terminológica. Lógica, sistematicidade, coerência e precisão irreprocháveis são verificadas apenas em Constituições outorgadas, ditatoriais, porquanto elaboradas por poucas ou mesmo por uma só cabeça, a serviço exclusivo de um mesmo grupo de interesses. Foi o que ocorreu, no Brasil, com a Constituição de 1937. Em qualquer caso, porém, é importante destacar, como fez Pontes de Miranda, que “o voluntarismo é correlativo do despotismo. Procurar a vontade do legislador ou da lei é andar à cata do mando do déspota. Não é processo para espíritos livres, que amem a verdade e a ciência e, sim, digamos o termo, ocupação de escravos”.⁸

Aliás, a mesma “perda de sentido” supostamente verificada a partir do cotejo da expressão “contribuições sociais”, constante da parte inicial do art. 149, com os demais dispositivos constitucionais que prevêm a criação de contribuições sociais, ocorre entre o art. 145, I e os demais dispositivos da Constituição que se referem a impostos. Com efeito, se toda a competência impositiva de União (inclusive a residual), Estados-membros, Distrito Federal e Municípios encontra-se discriminada nos arts. 153, 154, 155 e 156, qual o sentido do art. 145, I, da CF? Ter-se-ia de admitir, para dar-lhe algum sentido, que outros impostos podem ser criados, ultrapassando os limites já impostos ao longo da Constituição? Na verdade, o cotejo de muitas das normas, consideradas isoladamente, com o sistema jurídico como um todo, demonstra, muitas vezes, o papel estruturante de algumas delas, que se prestam a fins didáticos⁹, de dar coesão e racionalidade aos demais dispositivos. Só isso.

Além disso, não se pode, a pretexto de atribuir sentido a uma palavra contida em um dispositivo, anular total ou parcialmente o sentido de muitos outros. Nenhuma significação teria a referência feita pela Constituição à contribuição para o Salário-educação, por exemplo, na medida em que a mesma pudesse ser criada sob o rótulo de contribuição social “geral”. Seria irracional, também, a criação de um regime jurídico diferenciado para as contribuições de custeio da seguridade social (materialidades, competência residual, anterioridade nonagesimal, etc.), na medida em que as mesmas finalidades poderiam ser alcançadas por contribuições sociais gerais.

Nesse ponto, importa lembrar que as finalidades de cunho social não são encontradas apenas nos arts. 193 a 232 da Carta Magna, mas em todo o seu texto, sendo a CF/88, em muitas de suas dimensões, uma Constituição do Estado social.¹⁰ Assim, praticamente todas as atividades desenvolvidas pela União Federal envolvem aspectos sociais, e poderiam dar azo à instituição de contribuições sociais “gerais”. E, em face de contribuições gerais, que sentido teria o sistema de atribuição de competências e estabelecimento de limitações para a instituição de impostos e taxas federais? O espectro de tais contribuições seria tão amplo que tudo engolfaria, e todos os tributos federais poderiam com folga ser substituídos por contribuições, submetidas apenas aos arts. 146, III e 150, I e III. Perderia o sentido todo o Sistema Tributário Nacional.

Enfim, não são apenas outras regras e princípios positivados na Constituição, mas a própria lógica formal que torna impossível a divisão de um gênero em três espécies, quando em uma delas se podem enquadrar todas as demais. A União jamais criaria contribuições com arrimo no art. 195, § 4.º, por exemplo, se lhe fosse possível atender às mesmas finalidades com contribuições “gerais” instituídas nos moldes do art. 149. Aliás, todas as limitações estabelecidas ao exercício da competência residual, seja no âmbito das contribuições, seja na esfera dos impostos, seriam absolutamente desnecessárias.

Com isso, malferir-se ainda o princípio da razoabilidade, tido como implicitamente positivado na CF/88, em seu art. 5.º, LIV, enquanto desdobramento ou consequência do princípio do devido processo legal considerado em seu aspecto substantivo. Sobre o tema, aliás, é assaz pertinente a doutrina de Linares Quintana, que explica:

Toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable. Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: com arreglo a lo que dicte el sentido común. (...) La ley que altera, y com mayor razón todavía, suprime el derecho cuyo ejercicio pretende reglamentar, incurre en irrazonabilidad o arbitrariedad, en cuanto imponga limitaciones a éste que no sean proporcionadas a las circunstancias que las motiovan y a los fines que se propone alcanzar com ellas.

À mesma conclusão chega Humberto Ávila, que doutrina:

admitir que a União Federal possa instituir contribuições sociais gerais, com base no artigo 149, é esvaziar o conteúdo normativo do artigo 195, tanto da regra de competência ordinária quanto da regra de competência residual, já que não haverá mais função alguma nem para limitar a instituição da determinados fatos, pois o poder abrangerá quaisquer fatos, nem para criar uma válvula de escape somente exercitável por meio de lei complementar relativamente a outros fatos, pois a competência ordinária será exercida por meio de lei ordinária sobre qualquer fatos sem

vinculação a finalidades determinadas. Esse tipo de interpretação despreza a estrutura constitucional,¹² transformando a limitação no seu contrário: falta de limites.

O caráter desarrazoado de uma interpretação que vê em uma palavra contida em um artigo isolado a destruição de outras partes desse mesmo artigo, e ainda dos demais dispositivos que distribuem competências e limitam o poder de tributar, dispensa maiores explicitações.

Mas não é só.

5 CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS “GERAIS” E A FEDERAÇÃO

A demolição do Sistema Tributário causada pela admissão de contribuições sociais gerais, referida no item anterior, não traria malefícios apenas aos contribuintes, que seriam submetidos a uma tributação ainda mais imprevisível, incompreensível e irracional. Os maiores prejudicados seriam os Estados e os Municípios, com sérios abalos na forma federativa de Estado, alçada ao patamar pétreo da CF/88.

É sabido que a autonomia de qualquer ente, desde a do jovem que pretende sair da casa dos pais, até a do Estado que não deseja submeter-se às determinações da União Federal, está diretamente relacionada com auto-suficiência financeira. Dependentes financeiramente do poder central, Estados e Municípios teriam – como às vezes têm – a liberação de verbas para suas necessidades locais condicionada ao atendimento das exigências feitas pelo poder central. A autonomia seria meramente ornamental.

Pertinente, no caso, é a lição de Amílcar de Araújo Falcão, que ensina:

A razão de ser da importância da discriminação de renda, na federação, é evidente e se consubstancia na circunstância mesma de constituir uma exaltação, um grau superlativo das autonomias, sobretudo as periféricas, cujo convívio equilibrado com a unidade central se quer assegurar.

Por isso mesmo é que a discriminação de rendas, nas federações, costuma ser fixada no próprio texto constitucional. Só por exceção assim não acontece. Na Áustria, por exemplo, a partilha tributária foi confiada ao legislador federal; não obstante, o ato legislativo terá discussão e votação sob o regime especial do art. 44 da Constituição austríaca, referente às chamadas *leis* ou *disposições constitucionais* e será designado como *lei constitucional de finanças* (*Finanzverfassungsgesetz*)

Em uma palavra, discriminação de rendas e autonomia local – ou, para usar a expressão de preferência dos autores de língua inglesa, autonomia de governos locais¹³ – são problemas que se integram num só contexto.

Foi por essa razão que a CF/88 cuidou de dividir a competência tributária entre União, Estados e Municípios, redobrando seus cuidados no trato da chamada *competência residual*, cujos impostos com base nela criados não de ter o produto de sua arrecadação partilhado entre Estados e Distrito Federal (CF/88, art. 157, II). Dito isto, nem precisamos entrar na questão de saber se as contribuições podem incidir sobre fatos pertencentes à competência impositiva de Estados e Municípios para termos por contrária à federação a existência de contribuições sociais gerais. De fato, o desequilíbrio gerado por essa espécie tributária, verdadeira brecha que se abre na competência residual da União, que se torna assim ilimitada e não partilhada, tornaria sem efeito a divisão de competências feita pela Constituição Federal.

As palavras de Humberto Ávila, a propósito, são mais uma vez irreproucháveis. Ouçamo-lo:

(...) a interpretação no sentido de que haveria competência para a instituição, pela União Federal, de outras contribuições sociais sobre quaisquer fatos, desprezaria a estrutura da Constituição e os seus princípios fundamentais. Dentre esses princípios está o princípio federativo. Esse princípio deve orientar, *por dentro*, a interpretação das próprias regras de competência, de sorte que, dentre as alternativas interpretativas das regras de competência, deve ser escolhida aquela que melhor se harmonizar com os princípios e, no caso, com o princípio federativo. No caso das contribuições, privilegiar o princípio federativo na interpretação abstrata das regras de competência traz duas conseqüências.

Em primeiro lugar, importa optar pela interpretação que limita a competência da União para instituir outras contribuições sociais, na medida em que sua flexibilização legitimaria a escolha pela instituição de novas contribuições sociais cuja receita, à diferença daquela proveniente dos impostos federais, não precisa ser repartida com Estados e Municípios.

Em segundo lugar, importa optar pela interpretação que limita a competência da União para instituir contribuições que incidam sobre os mesmos fatos que compõem o âmbito de incidência dos impostos federais partilhados com outros entes federativos, pois sua flexibilização legitimaria a redução dos impostos partilhados em favor da instituição ou aumento das contribuições não partilhadas.¹⁴

E, destaque-se, não são poucas as vozes que admitem a incidência de contribuições sobre fatos submetidos à tributação de Estados e Municípios, ou mesmo sobre fatos *praticados* por Estados e Municípios. Diante da possibilidade de criar contribuições gerais, a União teria formidável instrumento para subjugar todos os demais entes. A finalidade poderia ser determinada por lei, dentre as centenas ou mesmo milhares de possibilidades ofertadas pela Constituição, e as imunidades e demais restrições ao poder de tributar não lhe seriam aplicáveis. Seria mesmo o fim da federação.

6 SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS E A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1 Noções iniciais

É assente no atual constitucionalismo a positividade e a normatividade dos princípios, que passaram de um papel subsidiário à lei, aplicáveis apenas na hipótese de lacuna, à medula das Constituições dos Estados pós-modernos. Essa nova teorização, batizada por alguns de *pós-positivismo*, e por outros de um *neopositivismo*¹⁵, tem como principais expoentes Robert Alexy e Ronald Dworkin e, em face dela, já não poderíamos admitir o malferimento puro e simples do princípio federativo, bem como do princípio da razoabilidade, e de todos os princípios constitucionais tributários indiretamente afastados com a admissão de que a competência tributária da União pode ser exercida através de contribuições gerais, tendo-os por normas “meramente programáticas”.

Resta saber, contudo, se e até que ponto tais princípios podem ceder diante de princípios outros, inerentes ao Estado Social, e que animam a existência, a instituição e a arrecadação de tributos, especificamente de contribuições sociais, a exemplo dos princípios da proteção ao trabalho, ao emprego, à velhice etc. e que de certa forma se confundem com a finalidade de algumas delas.

Neste ponto, ressaltamos o perigo do uso deturpado dos métodos de sopesamento de princípios. Ao invés de conciliar valores igualmente nobres, tal sopesamento por vezes é utilizado de modo equivocado e unilateral, presutando-se ao puro e simples estiolamento de direitos fundamentais, cotejados com princípios tão autoritários quanto vazios como o do “interesse público”. A situação muda quando tal sopesamento é invocado contra os interesses do Estado, quando não raro a doutrina jurídica por este invocada – e infelizmente aceita por nossas Cortes Superiores – retrocede trezentos anos, à escola da exegese, e princípios fundamentais são mutilados em favor da disposição expressa, literal e isolada de uma regra. Isso, porém, não desmente a força normativa dos princípios, nem a validade do método empregado na conciliação destes, mas impõe redobrado cuidado na escolha dos princípios a serem proporcionalmente conciliados, e no peso a ser-lhes atribuído, em cada caso. É o que procuramos fazer adiante.

6.2 Conflito de princípios no âmbito das contribuições. Sua conciliação

Centrando nosso foco nos princípios positivados na CF/88, pertinentes à matéria, percebemos o princípio federativo, cujo malferimento já foi examinado linhas acima, e que tem nos arts. 154, I, 157, II, e 195, § 4.º, todos da CF/88, o necessário desdobramento, a impor um equilíbrio nas competências tributárias dos diversos entes federados, e, por conseguinte, na autonomia de cada um deles.

Temos, igualmente, a razoabilidade, tida como positivada no art. 5.º, LIV, da CF/88, desdobramento necessário do devido processo legal considerado em seu aspecto substantivo, seriamente malferida por uma contribuição geral que torna vazio o sistema tributário, e sem sentido a maior parte das limitações impostas ao poder de tributar.

De outro lado estão os princípios da solidariedade social, inerentes à ordem social, a animarem a própria criação do Estado, a respectiva cobrança de tributos, e, especificamente, de contribuições. Tais princípios impõem ao Estado ações positivas no âmbito das respectivas áreas, e legitimam, *em caráter secundário*, a cobrança das contribuições a tanto necessárias.

Para alguns, pode parecer que tal sopesamento deveria ser feito no sentido de privilegiar a instituição de contribuições sociais gerais, porquanto a delimitação de competências e as limitações ao poder de tributar, figuras “típicas de um Estado Liberal ultrapassado”, não se aplicam às contribuições, animadas pelos ideais do Estado Social.

Não nos parece correto, contudo, afirmar a supremacia absoluta dos valores inerentes ao Estado social sobre o princípio da Federação. Primeiro, porque o próprio Poder Constituinte Originário cuidou de sopesar esses valores aparentemente antagônicos. Segundo, porque a Federação é referida logo no art. 1.º da Constituição, integrando o chamado texto imodificável de nossa Carta, não podendo ser suprimida por obra dos poderes constituídos. Quanto ao princípio da razoabilidade, a doutrina é unânime em admitir a sua aplicação, no âmbito de qualquer atividade estatal, como forma de controle desta. Será, assim, sempre um dado a ser considerado.

Aliás, não é correto invocar a figura do Estado social simplesmente para agigantar poderes, concentrando-os, favorecendo-se o autoritarismo. Paulo Bonavides, ciente dessa possibilidade, retifica a terminologia que antes adotara, e passa a classificar os direitos fundamentais em *dimensões*, e não em *gerações*, pois a palavra geração leva à idéia de que a posterior suprime a anterior, o que na verdade não acontece.¹⁶ As conquistas do Estado social não implicam a supressão total daquelas inerentes ao Estado liberal, como é o caso da federação, e da maior parte das limitações constitucionais ao poder de tributar. Ao revés, consubstanciam limitações adicionais, de natureza positiva, que com as primeiras se somam.

Não se trata, destaque-se, de assumir postura contrária ao Estado social, cuja efetiva implantação todos devemos aspirar. Absolutamente. Trata-se, isto sim, de evitar que o Estado social se preste como mera justificativa para uma hipertrofia dos poderes Estatais, em prol de *meios* necessários à sua efetivação. Agigantam-se os meios, mas não se atingem os fins, em deturpação que consegue tornar ainda mais perversa a máxima maquiavélica: os meios passam a se justificar por si mesmos. No âmbito das contribuições, isso tem ocorrido demasiadamente. Seus nobres propósitos são invocados quando da instituição e da cobrança do gravame, mas são completamente esque-

cidos quando se trata de direcionar os recursos de uma carga tributária que nunca foi tão alta.¹⁷

Não custa lembrar, também, que o Imposto sobre Grandes Fortunas, figura típica de um Estado que se pretende "social", e expressamente autorizado pela CF/88, jamais foi instituído. A União Federal prefere onerar aposentados e pensionistas com contribuições, o que revela, acima de tudo, sua inteira despreocupação com os ideais do Estado social, utilizados apenas como justificativas para crescentes aumentos na carga tributária. Aliás, em profundo estudo, José de Albuquerque Rocha denuncia "o papel autoritário e reacionário do Estado e do direito periféricos, por trás da máscara do Estado social".¹⁸ Aponta, ainda, que os altos custos necessários à implantação de um Estado social apenas servem de justificativa à cobrança dos tributos a tanto necessários, mas não são satisfeitos porquanto utilizados no pagamento inaudito dos elevados serviços da dívida externa.¹⁹

Além de tudo isso, o ponto mais importante a ser destacado é o de que todo sopesamento deve ser feito de sorte a que ambos os princípios em aparente conflito resem prestigiados na maior medida possível. Tendo o peso preponderante de ser atribuído apenas a um deles, este peso deve ser atribuído àquele que, vindo a prevalecer, cause menores estragos ao outro ou aos outros com ele cotejados.

Pois bem. Ao se repelir a existência de contribuições sociais gerais, em muito pouco, ou mesmo em nada, restarão diminuídos os princípios inerentes ao Estado social. Primeiro, porque se a tributação federal atualmente apresenta superávit, não há necessidade de mais recursos, mas sim de vontade política para aplicá-los corretamente. Segundo, porque para as mais importantes atividades de cunho social desempenhadas pelo Estado já existem contribuições expressamente previstas. No caso da seguridade social, há ainda a possibilidade de serem criadas contribuições no âmbito da competência residual (CF/88, art. 195, § 4.^o), exações que podem ser arrecadadas sem qualquer dano ao sistema tributário ou a qualquer outro princípio. Caso admitíssemos a figura das contribuições gerais, por seu turno, o abalo à federação e à racionalidade do sistema tributário seria absolutamente sem precedentes, sem qualquer proveito efetivo aos ideais do Estado social. Enfim, medida desnecessária, inadequada e desproporcional.

CONCLUSÕES

Em síntese, podemos afirmar que:

a) as contribuições são espécie de tributo que pode ser dividida em 1) contribuições sociais; 2) contribuições de intervenção no domínio econômico; 3) contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas. As 1) contribuições sociais dividem-se ainda em 1.1.) contribuições de custeio da seguridade social e 1.2.) outras contribuições sociais, específicas,

referidas expressamente na Constituição, a exemplo das contribuições sociais ao PIS e ao salário educação;

b) a idéia segundo a qual existem contribuições sociais “gerais”, sem finalidade constitucionalmente determinada, encerra uma contradição interna insuperável, porquanto a contribuição é tributo que se caracteriza precisamente em função dessa finalidade específica. Dizer-se que uma contribuição não tem a sua finalidade determinada de modo específico pelo Texto Constitucional é o mesmo que dizer “contribuição que não é contribuição”;

c) além disso, a admissão de tal espécie, cujo âmbito constitucional de incidência é praticamente ilimitado, esvaziaria por completo a competência residual estabelecida no art. 195, § 4.º, da CF/88, além da própria competência para instituir impostos e taxas. Tudo poderia ser arrecadado através de “contribuições gerais”, com a ruína da racionalidade do Sistema Tributário e com uma concentração de poder tributário tamanha no âmbito do poder central que a autonomia de Estados e Municípios não resistiria. A força centrípeta esmagaria a federação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIAS

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 1999.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Sistema Tributário Brasileiro: discriminação de rendas*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1965.

FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, t. I.

PONTES DE MIRANDA. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. São Paulo: Bookseller, 2000.

QUINTANA, Linares. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUSA, Ricardo Conceição de. *Regime Jurídico das Contribuições*. São Paulo: Dialética, 2002.

¹ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, t. I, p. 29.

² Como as contribuições são já uma espécie do gênero tributo, poder-se-ia dizer que, ao dividi-las entre si, melhor seria falar-se em *subespécies*. Parece-nos esta uma questão sem muita importância, pois, como nos ensina Carnelutti, nada impede que um mesmo ente seja, conforme o modo pelo qual é considerado, um gênero ou uma espécie. Além disso, o resultado da divisão de uma espécie tem a mesma natureza desta. (Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 52).

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 98.

⁴ Essa classificação, por exemplo, é feita por Hugo de Brito Machado, na 21.^a edição de seu *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 362 e seguintes.

⁵ Entre muitos outros: BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p.115; MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 96; PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, p. 39 e *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000, v.2, p. 102-3.

⁶ GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura "sui generis")*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 139.

⁷ SOUSA, Ricardo Conceição de. *Regime Jurídico das Contribuições*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 115-6.

⁸ PONTES DE MIRANDA. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, v. 2, p. 229.

⁹ É o caso, por exemplo, da norma veiculada no art. 145, § 2.º, da CF/88.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 336.

¹¹ QUINTANA, Linares. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 559.

¹² ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 258.

¹³ FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Sistema Tributário Brasileiro: discriminação de rendas*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1965, p. 12.

¹⁴ ÁVILA, *op. cit.*, p. 259.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 237.

¹⁶ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 525.

¹⁷ Confira-se também, a esse respeito, o flagrante desvio das contribuições de custeio da seguridade social, COFINS e CSLL, e o tão insistente quanto irritante argumento invocado pelo Governo Federal de que a Previdência Social está falida por contra da relação atuarial entre o número de pessoas em atividade e aposentadas, como se só custeassem a seguridade as contribuições incidentes sobre a folha de salários (Cf. MACHADO, *op. cit.*, p. 371-2).

¹⁸ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 134.

¹⁹ *Id. Ibidem*, p.137.

ABSTRACT

The author discusses over the juridical nature and different kinds of the so-called “social taxes” mentioned at the 1988 Federal Constitution, Article 149, due to some studies that identify, in the constitutional text, the existence of the so-called “general social taxes”, which could be considered as a fourth kind of social tax.

KEYWORDS

Tax System. Social Taxes. Federation. Principles. Competence on tax matters.

MEDIAÇÃO E CASAS DE MEDIAÇÃO EM FORTALEZA

*Isabel Freitas de Carvalho**

1 Introdução. 2 Problemas que levam a uma solução extrajudicial. 3 Formas de solução de conflitos. 3.1 Negociação. 3.2 Conciliação. 3.3 Arbitragem. 3.4 Acordo. 4 Conceitos de mediação. 5 Vantagens das soluções extrajudiciais. 6 Casas de mediação. 6.1 Casas de mediação no Estado do Ceará 7 O processo de mediação nas Casas de Mediação de Fortaleza. 8 Mediadores. 9 O funcionamento das Casas de Mediação de Fortaleza. 10 Conclusões.

RESUMO

Diante dos problemas que surgem no âmbito da sociedade, existem pessoas que optam por não resolver suas lides através do Poder Judiciário, preferindo solucioná-los através das técnicas extrajudiciais de soluções de conflitos. Em Fortaleza existem as Casas de Mediação, lugar onde se pratica a mediação comunitária, tendo como mediadores pessoas da própria comunidade. O objetivo do artigo é demonstrar que a mediação é uma forma de solução de conflito extrajudicial onde se obtém bons resultados. Utilizando-se da mediação para casos privados, desafogaria o Poder Judiciário, deixando a cargo deste apenas as questões de ordem pública.

PALAVRAS-CHAVE

Soluções de conflitos. Mediação. Casas de Mediação. Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

Buscar novas alternativas para soluções de conflitos tem sido o trabalho de algumas pessoas que direta ou indiretamente estão ligadas ao mundo jurídico. Outras alternativas de solução das lides não quer dizer fazer justiça com as próprias mãos, mas mostrar que a justiça também pode estar com aqueles que não fazem parte do Poder Público, como os líderes comunitários, os sacerdotes, o psicólogo, o administrador, a assistente social e outros membros da sociedade.

As Casas de Mediação são um dos locais onde o conflito pode ser resolvido sem a interferência do Poder Público, assim como dentro da própria empresa, na escola, na igreja, no meio familiar.

* Especialista em Direito Público e Direito Processual Civil – UFC.

Não é desconhecida a crise que o Poder Judiciário está enfrentando, com isso sua credibilidade está comprometida e as decisões proferidas por seus membros, muitas vezes, não atingem os anseios da sociedade. Daí a saída para procurar meios alternativos de soluções de conflitos. Esses meios alternativos em nada enfraquecem ou desprestigiam o Poder Judiciário. Muito pelo contrário, vêm para minimizar a crise jurisdicional e permitir que o Estado dirija sua atividade principal à solução de conflitos que não podem, por questões de ordem pública, serem conhecidos pela justiça privada.

Não há dúvida em afirmar que a mediação, a arbitragem, a negociação, a transação e a conciliação são formas alternativas de solução de lides, colocadas à disposição dos jurisdicionados para buscarem resultados.

2 PROBLEMAS QUE LEVAM A UMA SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Diversos são os problemas para a obtenção de uma decisão por parte do Poder Judiciário, sendo os principais: o número elevado e crescente das ações em desproporção com o número de julgadores; a excessiva quantidade de leis no ordenamento jurídico; o excesso de burocracia; o difícil acesso aos órgãos e entidades públicas; os recursos tecnológicos insuficientes; e a falta de funcionários. Diante dessas carências na qual se encontra o Judiciário, é inegável não visualizar um comprometimento do direito no acesso aos tribunais e à ordem jurídica justa.

Não adianta oferecer à população o “acesso à Justiça” sem as condições satisfatórias à obtenção da justa solução dos litígios. Não basta que o Estado-Juiz determine qual o direito; é preciso que esse possa ser exercido por parte dos jurisdicionados. É necessário o “acesso a uma ordem jurídica justa”.

A questão do tempo é um dos maiores obstáculos para a realização das pretensões dos jurisdicionados. Talvez seja o ponto maior da crise do Poder Judiciário. A lentidão processual deve-se, muitas vezes, aos prazos processuais e o número de recursos previstos no ordenamento jurídico. A quantidade de recursos constantes na legislação brasileira é enorme. José Eduardo Carreira Alvim sustenta que o ideal seria um sistema composto de poucos recursos, o suficiente para corrigir eventuais erros de procedimento ou de julgamento.¹

Paralelo à demora e à lentidão dos processos está o seu custo, que constitui outra dificuldade ao cumprimento da função jurisdicional.

Não só as partes litigantes possuem interesses em ter seus problemas resolvidos de forma rápida por parte do Poder Judiciário. O Estado também é parte interessada em prestar uma tutela ágil, rápida e efetiva, pois caso contrário, corre-se o risco de originar um clima de instabilidade tão grande que cause o desequilíbrio das relações jurídicas. Quanto mais tempo mais oneroso é para o Estado.

Diante desses problemas, vêm crescendo a necessidade de adotar soluções para a crise, surgindo formas alternativas de conflito, como a arbitragem, mediação, conciliação e negociação.

3 FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Vários são os problemas que uma sociedade possui, assim como também várias são as formas de soluções desses conflitos. Existem pessoas que optam por resolver suas lides ajuizando ações perante o Poder Judiciário, outras escolhem resolvê-las no âmbito extrajudicial, de uma maneira informal, simples e menos onerosa.

3.1 Negociação

Pode-se dizer que negociação é uma forma básica de resolução de disputas. Na negociação, as partes se encontram, diretamente, e de acordo com suas próprias estratégias e estilos, planejam uma transação, sem a intervenção de terceiros. A negociação antes de ser um fato jurídico, é um fato natural.

3.2 Conciliação

Conciliação é um processo informal onde existe um terceiro interventor, chamado de conciliador, que atua como um elo de comunicação entre as partes em litígio. “Na conciliação, o terceiro limita-se a receber as propostas das partes e tenta conciliá-las buscando em denominador comum”.²

Podemos encontrar normas de conciliação no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei n. 9.099/95 dos juizados especiais, os arts. 846 e 850 da CLT, os arts. 125, inciso IV e 448 do CPC, o art. 98, inciso II da CF que prevê a Justiça de Paz com atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional.

3.3 Arbitragem

Na arbitragem, as partes concordam em submeter seu caso a um terceiro neutro, imparcial, a quem é atribuído poder para apresentar uma decisão face ao que lhe é apresentado. É um processo informal onde o árbitro pode ter ou não uma formação técnica.

A arbitragem é facultativa e alternativa. Podemos dizer que é uma forma paraestatal de solução de conflitos porque a decisão do árbitro, uma vez proferida, sofre as mesmas sanções de uma solução estatal, já que é possível a execução a sentença arbitral. No Brasil, existe a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem.

3.4 Acordo

Pode-se dizer que acordo é uma concordância de idéias, um ajuste de pensamentos. O acordo é o final de uma negociação.

4 CONCEITOS DE MEDIAÇÃO

Mediação nada mais é do que uma espécie, alternativa de resolução de conflitos, no qual o mediador, escolhido pelas partes, servirá como pacificador de discussões, em nada interferindo nas decisões a serem tomadas, mas apenas auxiliando as partes em como chegar a uma decisão satisfatória para ambas.

O termo mediação vem do latim, *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir, colocar-se no meio. Estas expressões sugerem a acepção moderna do termo mediação, que é o processo pacífico e não adversarial de ajuste de conflitos. O contexto conflituoso: as partes, a disputa e principalmente quem media possibilitam uma melhor definição de mediação.

Para Maria de Nazareth Serpa mediação, como alternativa de solução, é adversa a regras gerais.⁴ Ao invés de construir um caso para uma estrutura, constrói-se uma estrutura para o caso, mediante a colocação de todos os aspectos de uma disputa, em suas bases originais e por quem, melhor do que ninguém, sabe do problema a ser solucionado.

O mediador centraliza as discussões e auxilia a dar forma à linguagem utilizada, com o interesse de chegar a uma solução mutuamente aceitável pelas partes. O papel do mediador pode variar significativamente, mas ele não chega a decidir a disputa, não entra no mérito dela. As partes decidem pela sua própria consciência e vontade.

O mediador não entra no mérito de nenhuma questão. Ele orienta as partes, em disputa, para chegarem a uma solução que satisfaça a ambas. A figura do mediador não se confunde com a do juiz, pois este determina qual é a solução, e aquele auxilia as partes a encontrarem a solução.

Pode-se dizer que existem tantos tipos de mediação quanto existe diversidade de conflitos, diversidade de partes e diversidade de autores.

As espécies de mediação, a seguir citadas, fazem parte da doutrina de Maria de Nazareth Serpa que enumera os seguintes tipos de mediação: mediação supervisão, mediação terapêutica, mediação legal, mediação *sole* ou co-mediação, mediação *shuttle*, mediação estruturada, mediação obrigatória, mediação do trabalho, mediação de crise, mediação de celebridade e mediação de comunidade.⁵

5 VANTAGENS DAS SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS

Soluções extrajudiciais são mecanismos informais ou alternativos para solução de conflitos. A história mostra o fortalecimento do Estado, ao qual

se aliou a uma das suas principais funções que é a função pacificadora. Sabe-se que é quase absoluta a exclusividade estatal no exercício da referida função. Porém o papel do Estado em desempenhar essa função está muito falho, o que leva o cidadão a procurar outras formas de solução para seus problemas.

Atualmente houve uma retomada das modalidades de soluções não-judiciais de conflitos, tratados como meios alternativos de soluções de conflitos (mediação, arbitragem, conciliação, juiz de paz e outros). Tais modalidades representam uma resposta para a crise do Judiciário. Volta um pouco ao tempo passado, onde boa parte dos litígios era resolvida no seio da família, na vizinhança, na escola através do diretor, do padre ou pelo juiz de paz.

O professor José de Albuquerque Rocha enumera as vantagens da arbitragem: rapidez, simplicidade, informalidade processual, baixos custos, melhor qualidade da decisão, mais opções de julgamentos, discricção, ambiência e eficácia.⁶ Para o supracitado professor, essas vantagens enumeradas, evidenciam ser um mecanismo eficaz para o cumprimento dessa importante tarefa que é a resolução dos conflitos sociais.

Cite-se, pois, como vantagens da arbitragem:

a) *A ruptura com o formalismo processual.* O informalismo é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo o fator da celeridade. Com a “desprocessualização” das controvérsias o que se aproxima é uma justiça de equidade e não uma justiça legal. O Judiciário observa um procedimento formal, oriundo de normas legais. Enquanto as soluções extrajudiciais seguem um procedimento informal, simples, com poucas regras e estabelecidas pelas próprias partes.

b) *Gratuidade.* Os meios de soluções de conflitos gratuitos ou pelo menos os de baixo custo são mais acessíveis, além de serem mais céleres. Há de se convir que, na prática, o acesso à justiça é extremamente estreito para os indivíduos com poucos recursos financeiros. E com as soluções extrajudiciais, as partes encontram as melhores e mais criativas soluções para seus conflitos.

c) *Rapidez.* Mas claro que essa rapidez pode variar de acordo com a dificuldade das questões.

d) *Credibilidade.* Uma decisão proferida por um árbitro ou um mediador escolhido pelas próprias partes, muitas vezes, tem mais possibilidade de ganhar adesão delas do que um julgamento prolatado pelo Estado-Juiz.

e) *Discricção.* Decisões extrajudiciais são discretas por natureza, o oposto das decisões judiciais que são, em regra, públicas.

As vantagens são claras e tanto será bom para as partes quanto para o sistema jurídico, pois, se o litígio é resolvido sem a intervenção do Poder Judiciário, há lucros para ambos os lados. A parte vê seu objetivo ser atingi-

do e, para o Judiciário, além de ser menos oneroso, deixa-o livre para decidir outros conflitos que sejam indispensável sua participação.

6 CASAS DE MEDIAÇÃO

As Casas de Mediação são estabelecimentos onde se pratica a mediação comunitária. Elas recebem pessoas da comunidade onde estão localizadas e das comunidades próximas.

Nas Casas de Mediação os conflitos apresentados são submetidos a um mediador que conduzirá as partes a uma solução. Elas contribuem para a melhoria de vida da comunidade local, pois é lá (comunidade) onde os conflitos nascem e são resolvidos, surgindo a paz social.

6.1 Casas de Mediação no Estado do Ceará

No Estado do Ceará existem seis Casas de Mediação, sendo cinco delas localizadas em Fortaleza, nos bairros: Pirambu, Parangaba, Tancredo Neves, Jurema e Serviluz (Farol), e uma localizada no interior do Estado, em Juazeiro do Norte.

As Casas de Mediação no Ceará surgiram a partir de um programa social da Secretaria da Ouvidoria Geral e do Meio Ambiente do Estado do Ceará. Elas não possuem personalidade jurídica própria, fazendo parte de um dos vários programas sociais que o Governo do Estado do Ceará financia. Tem como objetivos específicos integrar o Estado com a comunidade; mediar os conflitos de forma rápida, eficaz e sem custos; promover cursos para a comunidade, assim como de capacitação para os mediadores; contribuir para a redução dos conflitos na comunidade; sensibilizar a sociedade para o direito à cidadania; orientar todos sobre seus direitos e deveres; encaminhar as pessoas aos órgãos públicos adequados para a solução de cada problema.

Esse programa das Casas de Mediação conta com a parceria de alguns órgãos do estado e privados. São eles: a Secretaria do Trabalho e da Ação Social – SETAS, Secretaria de Educação do Estado do Ceará – SEDUC, Federação do Movimento Comunitário do Pirambu – FEMOCOPI e o Lar Fabiano de Cristo.

7 O PROCESSO DE MEDIAÇÃO NAS CASAS DE MEDIAÇÃO DE FORTALEZA

Os dados deste artigo foram obtidos através de visitas a quatro Casas de Mediação em Fortaleza, sendo entrevistados as coordenadoras e alguns mediadores. Foram visitadas as Casas de Mediação Comunitárias do Farol, da Parangaba, do Tancredo Neves e da Jurema. No momento desta pesquisa a Casa de Mediação Comunitária do Pirambu encontrava-se fechada para reforma.

As pessoas que comparecem a uma Casa de Mediação vão à procura de uma solução para o seu problema, muitas vezes desconhecem o que vem a ser aquela instituição e como ela pode ajudar ou orientar. Ao chegar a parte é informada do que e como funciona uma casa de mediação. Ficando a seu critério formalizar a reclamação ou não, pois, como já visto, a mediação é uma forma de solução de conflitos extrajudicial, não obrigatória no Brasil.

O procedimento dá-se da seguinte forma: a) o reclamante faz sua reclamação, esta é reduzida a termo por um mediador e assinado por este e pelo reclamante. É determinado dia e hora para o reclamante retornar; b) a Casa de Mediação manda uma carta-convite para a parte reclamada, pedindo que ela compareça no dia e hora determinados. Esta carta-convite pode ser enviada até três vezes; não obtendo êxito, o processo é arquivado; c) presente reclamante e reclamado é feita a mediação. O mediador conduz as partes a chegarem a um acordo, não interferindo na decisão. Caso haja acordo, este é reduzido a termo assinando o mediador e as partes; d) ao final, existe uma conclusão feita pelo mediador e firmada por todos presentes ao ato.

Na maioria dos casos, o mediador que primeiro recebe o reclamante e firma sua reclamação será o mesmo que fará a mediação. O coordenador de cada Casa é também um mediador.

8 MEDIADORES

Para ser mediador nas Casas de Mediação de Fortaleza é obrigatório ter participado de um Curso para Mediadores ofertado pela Ouvidoria Geral e do Meio Ambiente do Estado do Ceará. Esses mediadores são voluntários, não recebendo salário ou ajuda de custo para desempenhar esta função.

Não há critérios específicos para ser mediador. Não é exigido sequer grau de escolaridade, pois, geralmente, os mediadores trabalham em dupla, podendo um deles ser analfabeto. Uma restrição existente é o postulante a mediador ser maior de idade.

Apesar disto, existe um projeto na Casa de Mediação do Tancredo Neves de implantação de um grupo de mediadores adolescentes, com idade entre 16 e 18 anos, sempre atuando em dupla com outro mediador maior de idade.

Foi observado durante as entrevistas que os mediadores prezam muito pela imparcialidade e pela confidência das discussões tomadas na sala de mediação. Eles não figuram como mediadores em processos tendo como partes seus parentes, amigos ou inimigos.

Além de exercerem as funções de mediadores, eles prestam informações às pessoas que se dirigem a Casa para obter alguns esclarecimentos. Caso o problema não possa ser resolvido na Casa de Mediação ou por escolha da parte reclamante, em não querer que o conflito seja resolvido ali, os

mediadores fazem encaminhamentos das pessoas ao órgão competente, tais como delegacias em geral, delegacia da mulher ou delegacia do menor infrator, conselho tutelar, juizado de infância e da juventude, juizados especiais, defensoria pública, casa do cidadão, fórum, etc. Este encaminhamento pode ser informal ou através de uma carta ou ofício expedidos pela própria casa de mediação. É comum o retorno da parte à Casa de Mediação para informar do resultado do encaminhamento, e até para agradecer.

Vale lembrar que um dos fatores determinantes para o sucesso da mediação é a figura do mediador, pois é preciso que as partes depositem nele toda a confiança para entregá-lo o poder de resolver seus conflitos. Um bom mediador tem que ser neutro e imparcial perante as partes e o processo de mediação, tem que ser íntegro, tem que passar confiança às partes e acima de tudo tem que ser ético na sua função.

9 O FUNCIONAMENTO DAS CASAS DE MEDIAÇÃO DE FORTALEZA

Qualquer pessoa pode ser atendida em uma casa de mediação. Idosos, analfabetos, adolescentes, adultos, pobres e ricos. Uma das Casas de Mediação visitadas não atende menores desacompanhados. Estes são encaminhados para o Conselho Tutelar ou Juizado da Infância e da Juventude.

As mediações, geralmente, são feitas na presença de dois mediadores. Caso não haja, a coordenadora pode ser uma das mediadoras, mas sua ausência não impede que seja feita por apenas um mediador.

Com o sucesso da mediação, um acordo é lavrado. Caso não haja o cumprimento deste, a Casa não tem poderes para fazer valer. Pode haver a remessa para o órgão competente, geralmente o Poder Judiciário. Havendo mediação sem acordo há o arquivamento do processo.

As Casas de Mediação são uma alternativa para desobstruir e esvaziar as causas no Judiciário, reservando para este apenas os conflitos que realmente necessitem de uma decisão judicial. Infelizmente, boa parte da população não tem conhecimento desse projeto e acabam se dirigindo ao Judiciário.

As pessoas entrevistadas enumeraram as vantagens de procurar uma Casa de Mediação: gratuidade, acessibilidade, rapidez, informalidade e discricção.

As Casas de Mediação enfrentam vários problemas, tais como: pouca divulgação do Programa; o não-compromisso de alguns mediadores; a falta de transportes para ir até o local do conflito e comprovar se realmente acontece o que foi alegado pela parte e até mesmo condução para os mediadores.

As Casas de Mediação trabalham em parceria com outros órgãos estatais, como: as delegacias, os juizados especiais cíveis e criminais, o conselho tutelar, o juizado da infância e da juventude, a casa do cidadão, a defensoria pública e o fórum.

Os tipos de reclamações mais frequentes são, por ordem crescente de ocorrência: pensão alimentícia, conflito entre vizinhos, cobrança de dívidas e conflito familiar. Também foram citados, em menor escala: investigação de paternidade, reclamação trabalhista, discriminação racial, guarda de menores, adoção, calúnia, difamação, conflitos relacionados à imóvel, direito do consumidor e crime ambiental.

10 CONCLUSÃO

Mediação, arbitragem, negociação, acordo e transação são excelentes formas alternativas de soluções de conflitos colocadas à disposição da sociedade. Estas formas consistem basicamente em apaziguar as partes fazendo com que elas próprias busquem a melhor forma de resolver suas desavenças, chegando a um acordo voluntário, relegando para o Judiciário a solução das questões mais complexas.

A crise do Poder Judiciário acarreta a demora dos julgamentos, a ineficiência das decisões e conseqüentemente o descrédito do próprio Poder. Perante essa crise a mediação proporciona às partes o remédio para esses males.

No âmbito do Estado do Ceará existem as Casas de Mediação, local onde são realizados as mediações, as negociações e os acordos. O Programa das Casas de Mediação oferece à comunidade, um local onde possa haver uma mediação e a conseqüente solução dos problemas existentes. As pessoas que se utilizam dele se mostram satisfeitas devido às vantagens encontradas. A gratuidade é a maior delas, pois quem procura uma dessas Casas são pessoas com baixo poder aquisitivo. A acessibilidade é levada em conta, pois as Casas se localizam dentro dos bairros, onde acontecem os conflitos. A informalidade é também relevante porque as partes se sentem mais a vontade em expor seus problemas às pessoas próximas a elas. Na maioria dos casos, o acordo é executado pontualmente e o conflito das partes chega a um ponto final. Por fim, as Casas de Mediação apresentam resultados positivos de solução de conflitos.

Quando foi feita a visita às Casas de Mediação de Fortaleza, foi relatado pelos entrevistados que a violência no bairro onde está localizada cada Casa diminuiu. Segundo alguns delegados locais as pessoas não comparecem às delegacias com tanta freqüência, pois decidem ir primeiro à Casa de Mediação, não resolvido o problema é que vão até a delegacia. Essa é mais uma informação que comprova o ótimo trabalho desempenhado pelas Casas de Mediação de Fortaleza.

As Casas em Fortaleza poderiam funcionar de forma mais eficiente. Entretanto, elas só recebem ajuda de custo por parte da Ouvidoria Geral e do Meio Ambiente do Estado do Ceará. Prova disto é a não-remuneração dos mediadores: todos são voluntários. Estas Casas chegam a resolver maior parte dos conflitos ali formalizados. Seria uma boa alternativa para seu melhor funcionamento uma ajuda por parte do Poder Judiciário.

Por fim, depreende-se que as Casas de Mediação de Fortaleza já se tornaram um instrumento que tem apresentado excelentes resultados. O processo de mediação realizado mostra ser uma ótima alternativa para a solução dos problemas ocorridos na comunidade, diminuindo as causas ajuizadas no Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 84, p. 183-, out/dez 1996.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

¹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v.21, n. 84, out/dez 1996, p. 183.

² ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31.

³ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 145.

⁴ *Id. Ibidem*, p. 266.

⁵ *Id. Ibidem*, p. 164-175, *passim*.

⁶ ROCHA, *op. cit.*, p. 23-4.

ABSTRACT

In the event of a legal dispute, some people opt not to try to have these settled by the judicial system, deciding to have these solved by the means offered by extrajudicial dispute resolution techniques. In Fortaleza, one can find the so-called "Mediation Houses", centers where mediation is available, having as mediators people from the community where these are located. The purpose of the article is to demonstrate that mediation is an alternative of extrajudicial conflict settlement that can offer good results. Broader use of mediation for private cases would relieve the court system, which would take care only of matters of public interest.

KEYWORDS

Legal disputes settlement. Mediation. Mediation Centers. Judicial Branch.

O DIREITO E AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS NO PENSAMENTO DE IMMANUEL KANT

Jeanine Nicolazzi Philippi*

1 O homem moral. 2 O Estado, o Direito e as condições da cidadania. 3 O cidadão do mundo. Referências bibliográficas.

RESUMO

O artigo apresenta a liberdade como bem mais precioso do homem, com base no pensamento de Kant. O ser humano necessita do Estado, para garantir a limitação racional à sua liberdade. Obedecendo às leis, o homem torna-se cidadão, sendo vital para a manutenção da humanidade o aperfeiçoamento interno das constituições civis e de um acordo de soberania no plano externo.

PALAVRAS-CHAVES

Liberdade. Natureza humana. Justiça. Cidadania. Direito. Relações Internacionais.

1 O HOMEM MORAL

Quando se observa com seriedade e distância a *agitação* que toma conta do palco do mundo, comenta Kant, não é possível conter uma certa indignação... Apesar do surgimento, em casos isolados, da sabedoria, o conjunto das relações políticas encontra-se tecido de loucura, vaidade, infantil maldade e vontade destrutiva... Nesse cenário, resta ao filósofo investigar se há, ou não, um princípio que importa realmente instituir para os seres racionais *tão convencidos da sua superioridade!*¹

Acompanhando o trajeto caótico das ações humanas, Kant constata: o homem – ao contrário das coisas que têm sua existência circunscrita a um plano de relações de constância – é um habitante de dois mundos. Como animal, ele possui necessidades reguladas por leis naturais que ultrapassam a sua vontade. Porém, o universo sensível não configura o seu único *habitat*. Para além dos condicionamentos inerentes à realidade animal, a natureza dotou os seres racionais de liberdade, credenciando-os, assim, como criaturas de um *mundus intelligibilis*, onde o determinismo natural cede lugar à possibilidade de se constituírem como sujeitos autônomos.²

Considerando essa especificidade humana, Kant distingue a liberdade como o mais precioso bem do homem e passa, então, a investigar as con-

* Doutora em Direito. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

dições de possibilidade para a sua efetiva realização. A seqüência da sua obra revela que ele conhecia as dificuldades desse projeto, mas acreditava, também, que era dever do filósofo indicar que o homem pode ser livre em um mundo de seres que, como ele, aplicam os preceitos da razão prática.

O agir racional não é, contudo, algo que nasça de um modo absoluto e acabado com o sujeito. As complexas operações da razão descrevem uma disposição que se desenvolve através dos embates com a cultura e, por isso, depende de esforço e de aprendizado. Em um âmbito elementar das atividades humanas, a *habilidade* permite a escolha de meios e fins que se encontram, no mundo, a disposição de todos. Mas nem tudo pode ser equacionado através desse cálculo... Há objetivos da espécie para cuja efetivação a razão é incapaz de estabelecer os recursos adequados. A felicidade é um exemplo de *arranjo* para o qual não há resposta universal ou definitiva. Ainda que todos queiram alcançá-la, nunca se pode determinar por princípio – e com certeza plena – aquilo que tornaria o homem verdadeiramente feliz. No plano dessa indeterminação, a *habilidade* cede, então, lugar à *sagacidade*, aos conselhos empíricos que ajudam os seres racionais na realização dos *ideais da imaginação* e que, não raro, desconhecem limites para as suas pretensões.³ Assim, diz Kant, é imprescindível distinguir um terceiro âmbito da razão, a *moralidade*, onde o fim deve ser pensado não como um propósito qualquer de um indivíduo, mas como determinação última de todo querer.⁴

O homem realiza sua humanidade quando se esforça para ser livre, apesar dos condicionamentos que pesam sobre ele. Por isso, a necessidade de compreendê-lo como um sujeito autônomo capaz de dar a si mesmo a sua própria lei e segui-la por dever, mesmo quando sua tendência for oposta a ela.⁵ A idéia da dignidade do ser racional, que não obedece a nenhuma legalidade além daquela que ele institui,⁶ funda a noção de pessoa cuja natureza a distingue como um fim, “isto é, como algo que não pode ser usado meramente como meio e, portanto, limita nesse sentido todo capricho humano.”⁷

Livre é aquele que respeita a lei da razão e compreende que se viu atado a normas que traziam consigo algum interesse, atração ou coação, porque não as concebia como sendo fruto exclusivo da sua vontade, o que arruinava todo esforço para descobrir um princípio – um fundamento – supremo do dever. Os homens, com efeito, não são determinados por um poder que ultrapassa a sua razão, mas seres que vivem sob a representação de leis, ou seja, que estabelecem a sua legalidade e a seguem por dever.⁸

Porém, admite Kant, observando os pensamentos e os esforços humanos,

depara-se por toda parte com o amado eu que continuamente se destaca, sobre o qual fundam-se os propósitos, e não sobre o estreito mandamento do dever, que muitas vezes exigiria o sacrifício da renúncia do artifício... Basta observar o mundo com sangue frio... para duvidar em certos momentos... se realmente se encontra no mundo uma virtude verdadeira.

De fato, os mandatos morais que distinguem a autonomia dos sujeitos, igualando-os em dignidade, não são as leis deste mundo onde a liberdade está constantemente ameaçada. Kant teve o cuidado de precisar que a procura de elementos para a emancipação humana é uma tarefa infinita, jamais inteiramente realizada e, sendo assim, só pode ser considerada na escala da espécie em seu dever.

A razão esclareceu que é possível à vontade querer... Mas, mesmo tendo ela assinalado os possíveis caminhos da liberdade, a preguiça e a covardia fazem com que os homens continuem – *de boa vontade* – menores durante toda a vida; o que facilita a tarefa de alguns assumirem-se como seus tutores. A posição de tutelado é tão cômoda que a imensa maioria dos indivíduos prefere continuar considerando difícil e perigosa a passagem à maioridade!¹⁰ No campo dessa resistência consolidam-se, então, as celas de uma menoridade perpétua, da qual poucos conseguem, mediante a transformação do espírito, libertar-se.¹¹ Certamente, falta muito para que os seres humanos – tomados em seu conjunto – possam se servir bem e com segurança do seu entendimento, sem a orientação de outrem... O que não constitui motivo algum de resignação. Para além dessa constatação, um imperativo se faz ouvir: *Sapere aude!*¹² Ousar servir-se do próprio entendimento e escolher ser livre!

Mesmo reconhecendo as dificuldades de um indivíduo fazer prevalecer a moralidade, Kant leva adiante a sua tarefa de filósofo para mostrar outros horizontes possíveis aos seres de *boa vontade*. Nessa via, amplia o projeto iluminista – que visava a reunir os *espíritos ilustrados* no combate à miséria e ao obscurantismo –, estendendo-o a toda humanidade. O homem só pode ser livre em uma sociedade que permita à totalidade dos indivíduos viver em liberdade. Por isso, a necessidade de pensar os pressupostos racionais de um Estado e de uma sociedade de nações que permita a paz perpétua, condição indispensável para a realização da autonomia dos sujeitos em um *reino dos fins*.

Discorrendo sobre a complexidade desse empreendimento, Kant coloca como ponto de partida das suas articulações teóricas a vocação humana para agir segundo a liberdade que faz do homem, também, um animal indeterminado, capaz de qualquer coisa. A ausência de *limites naturais* para o querer individual expressa o paradoxo da *sociabilidade insociável dos seres racionais*, ou seja, a tendência que eles têm para entrar em sociedade associada à resistência universal a toda associação. Muito embora os indivíduos compreendam que apenas em sociedade eles podem desenvolver, no sentido próprio do termo, a sua humanidade, neles opera igualmente uma grande propensão ao isolamento, uma *propriedade insocial* de querer dispor de tudo conforme o seu gosto e, conseqüentemente, de esperar do outro – que possui as mesmas inclinações – resistências ao seu desejo. Todavia, a tensão que pode levar à dissolução de todo e qualquer laço social é também aquela que induz os homens, movidos pela ânsia das honras, do poder e da posse, a procurarem uma posição entre seus pares. Essa busca permite, paradoxal-

mente, uma ilustração continuada, através da qual desenvolvem-se os primeiros talentos e forma-se o gosto que leva os indivíduos da brutalidade à cultura. Sem as características peculiares – que certamente não são dignas de apreço – da insociabilidade, da resistência com que cada um deve se deparar em suas pretensões egoístas, todos os talentos ficariam ocultos no desenrolar de uma vida de perfeita harmonia, satisfação e amor recíprocos, onde os sujeitos – tão bons como as ovelhas que apascentam – dificilmente fariam da sua existência algo diferente daquilo que é próprio desse animal doméstico e, agindo assim, não permitiriam que se inscrevessem no mundo as marcas da sua natureza racional. As fontes da insociabilidade e da resistência são também aquelas que impelem novas tensões de forças e, com isso, outros desenvolvimentos das disposições individuais.¹³

2 O ESTADO, O DIREITO E AS CONDIÇÕES DA CIDADANIA

O curso das coisas humanas, quando considerado em seu conjunto, não é isento de contradições. A liberdade inerente à espécie que distingue, por um lado, a capacidade do homem de se aperfeiçoar e superar a sua menoridade, expõe, por outro lado, a questão complexa da ausência de limites que coloca em risco os laços sociais. Kant considera essa contradição o maior problema do gênero humano, de onde decorre a exigência de uma reflexão sobre a necessidade da instituição de uma sociedade civil capaz de administrar, para todos, a lei.¹⁴

A ausência de determinação natural da vontade faz do homem um animal que, quando vive com seus congêneres, abusa da sua independência em relação aos semelhantes. Embora como criatura racional entenda a pertinência de uma lei que limite a liberdade de todos, a sua tendência egoísta o afasta desse caminho... Por isso, diz Kant, a viabilidade de uma existência comum sempre foi pensada a partir da idéia – ou da necessidade – de um senhor que dome o querer do indivíduo e o *force a obedecer a uma vontade universalmente válida* através da qual ele possa ser efetivamente livre.¹⁵ Mas onde os homens vão buscar esse senhor? Em nenhum outro lugar senão dentre os seus próprios pares! Aqui, então, uma outra questão se apresenta, pois tal *senhor* é também um animal que carece de um amo e, portanto, pode proceder como quiser. Uma pessoa singular ou uma assembléia escolhida para conduzir a justiça pública abusará, certamente, da sua liberdade quando não houver acima dela alguém que exerça o poder em conformidade com a lei. Disso resulta que o chefe supremo deve por si mesmo ser justo e, não obstante, ser humano. Esse, para Kant, é um problema de difícil solução. Pois,

de um lenho tão retorcido de que o homem é feito, nada de inteiramente direito se pode fazer. Apenas a aproximação a esta idéia nos é imposta pela Natureza. Que ela é também a derradeira a estruturar-se em obra depreende-se do fato de que os conceitos

corretos sobre a natureza de uma constituição possível exigem uma experiência muito grande exercitada pelo freqüente curso do mundo e, acima de tudo, uma boa vontade disposta a aceitá-la; e estes três fatores só com muita dificuldade podem harmonizar-se e, se acontece, só muito tarde, após muitas tentativas inúteis.¹⁶

A natureza humana é de tal modo indeterminada que seria impossível retirar da experiência algo suficiente para exigir dos homens ações adequadas àquilo que é bom e justo. Daí, a necessidade de pensar uma legislação exterior que permita a coexistência dos arbítrios, uma vez que apenas onde a liberdade é limitada o homem pode ser realmente livre! Em outros termos, argumenta Kant, a idéia racional *a priori* de um estado não-jurídico leva à compreensão da necessidade de superação da condição originária da existência humana como um dever do indivíduo fundado em um princípio da razão que diz:

é preciso sair do estado natural, no qual cada um age em função de seus próprios caprichos, e convencionar com todos os demais (cujo comércio é inevitável) em submeter-se a uma limitação exterior, publicamente acordada e, por conseguinte, entrar num estado em que tudo o que deve ser reconhecido como o Seu de cada qual é determinado pela lei e atribuído a cada um por um poder suficiente, que não é do indivíduo e sim um poder exterior. Em outros termos, é preciso antes de tudo entrar num Estado civil.¹⁷

Assim, se constitui um dever do ser humano abandonar as prerrogativas da sua liberdade selvagem e formar uma sociedade juridicamente organizada, fica claro, então, que a formação desse tipo de associação não decorre de uma necessidade natural, mas de uma exigência moral, uma vez que tal procedimento visa a alcançar um patamar de justiça que ultrapasse as *condições naturais* do convívio humano, e não satisfazer interesses ou evitar prejuízos particulares. Em um Estado, diz Kant, o bem público a ser prioritariamente preservado é a constituição legal que garante para cada um a liberdade – compreendida como a independência do arbítrio em relação ao outro¹⁸ - e a igualdade – vista como a impossibilidade de um indivíduo ser obrigado pelos demais além daquilo que constrange a todos, ou seja, a qualidade de o homem ser dono de si mesmo.¹⁹

A sociedade civil exprime, portanto, a necessidade do dever-ser para além do ser – o valor do direito – que ultrapassa os acontecimentos históricos e os interesses de cada um, sem o qual a independência dos arbítrios seria impossível. Tudo o que contraria a liberdade deve ser considerado injusto. Desse modo, a resistência e os obstáculos que impedem o seu exercício – segundo as leis gerais – precisam ser enfrentados com uma força suficiente

para fazê-los ceder. No Estado, essa contenção é operada pelo direito, que deve ser compreendido como a faculdade de coibir o que se opõe à liberdade.²⁰ “Direito e faculdade de obrigar são a mesma coisa,”²¹ esclarece Kant; isso não significa, contudo, que a ordem jurídica seja sinônimo de violência ou opressão. Ao contrário, ela se configura como um *índice* da própria liberdade, na medida em que coloca limites àquilo que impede a sua efetiva expressão.²²

A condição do indivíduo sob uma legislação comum exterior é aquela própria do Estado jurídico,²³ no qual cada um pode participar do seu direito. O princípio formal dessa ordem política – considerada a partir da idéia de uma vontade universalmente legislativa – sustenta-se em um sistema de leis para um povo, uma multidão de indivíduos que exercem ascendência mútua e necessitam, em função da especificidade dessa relação, de um arranjo político “que os reúna sob uma influência única; isto é, de uma constituição, a fim de serem partícipes no Direito”.²⁴

Um Estado não constitui um *patrimonium*, mas *uma sociedade de homens* sobre a qual somente eles próprios mandam e dispõem²⁵ por meio das leis que ajudaram a promulgar.²⁶ Essa participação coletiva na composição do direito precisa, no entanto, ser analisada. Para Kant, os membros reunidos em uma sociedade – os cidadãos – possuem determinados atributos jurídicos inseparáveis dessa condição, como: 1) a *liberdade* de não obedecer a nenhuma lei além daquela que eles contribuíram para a institucionalização através do sufrágio; 2) a *igualdade* civil, que implica o não reconhecimento, entre o povo, de um superior que detém a faculdade moral de obrigar juridicamente a todos; e, somada a essas duas prerrogativas, comuns à totalidade dos membros de uma ordem política, 3) a *independência*, que consiste em ser devedor de sua existência e conservação apenas aos seus próprios direitos e capacidades.²⁷

Seguindo o argumento kantiano, compreende-se que o sufrágio constitui por si só o cidadão e supõe, no povo, a independência não apenas daquele que simplesmente faz parte da República, mas, sobretudo, do indivíduo que é membro ativo da comunidade, por depender exclusivamente da sua vontade. Em outros termos, exemplifica Kant,

o rapaz empregado na casa de um comerciante ou fabricante, o serviçal que não está a serviço do Estado, o pupilo; todas as mulheres, e em geral qualquer um que se encontre compelido a prover sua existência, não por meio de uma direção pessoal, mas segundo as ordens de outro (exceto do Estado), carece de personalidade civil e sua existência não é, de maneira alguma senão um acessório do outro.²⁸

Esses indivíduos são simples operários da coisa pública, mandados e protegidos por outros cidadãos e, sendo assim, não gozam de independência civil.

Porém, adverte Kant, tal dependência não é contrária à liberdade e à igualdade daqueles que constituem um povo. Embora o conjunto dos membros da sociedade civil deva ser tratado segundo as leis da liberdade e da igualdade, os indivíduos cuja existência depende de outro não podem gozar do direito ao sufrágio, na medida em que a expressão da sua vontade é condicionada por aquele ao qual a sua vida está sujeita. Os associados civis alijados da produção legislativa estatal não são, contudo, destituídos de direitos, pois preservam a prerrogativa irrevogável de que as leis positivas, “qualquer que seja o seu objeto, não sejam jamais contrárias à liberdade natural e a essa igualdade proporcional de todos no povo que permite a cada um trabalhar para elevar-se da condição passiva à condição ativa”.²⁹ Essa prerrogativa orienta, por sua vez, a formulação kantiana de um princípio geral do direito que diz: “é justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais.”³⁰

O Direito, para Kant, não pode, portanto, ser pensado como algo pragmaticamente condicionado. A política deve curvar-se aos seus princípios na medida em que o respeito à igualdade e à liberdade é um dever incondicionado de todos os homens que pertencem a uma constituição.³¹ Quando fundado nessas garantias fundamentais, *o ato pelo qual a massa se torna povo*³² define os marcos de uma ordem republicana na qual o indivíduo adquire o estatuto de cidadão obrigado apenas à lei que dá a si mesmo e que constrange a todos indistintamente.³³ Nesse sentido, pode-se dizer que um Estado jurídico é aquele cuja constituição está de acordo com os princípios do direito aos quais a razão, por um imperativo categórico, obriga os homens a aspirar.³⁴

Essa obrigação do sujeito qualifica a vontade geral e, no mesmo movimento, impõe a obediência irrestrita ao soberano que, na cidade, garante a lei. Tal imposição deve, no entanto, ser avaliada à luz do fato de que a qualidade de cidadão não pode ser separada do atributo essencial de um ser racional que faz uso público da sua razão. Por isso, o respeito ilimitado à ordem normativa e ao poder que a sustenta não está dissociado do direito de questioná-los. Como cidadão, o homem deve obedecer às leis, mas, como ser de razão, ele tem o dever de fazer uso desse predicado para criticar publicamente aquilo que lhe parece injusto. A independência do pensamento – a *mais inofensiva das liberdades*, segundo Kant – é uma das exigências fundamentais do Estado.³⁵

Assim, os contratos – mesmo os confirmados pela autoridade suprema, parlamentos ou tratados de paz – que levam a uma *supertutela interminável*, não podem ser considerados, de modo algum, válidos. Ninguém pode reunir-se para colocar a si mesmo e as gerações futuras em um estado que torne impossível a ampliação dos conhecimentos, a retificação dos erros e, em suma, o avanço da ilustração. Isso seria um crime contra a própria natureza humana, cuja determinação original implica tal progresso.³⁶

O incremento da vocação humana para a liberdade requer, portanto, uma ordem política compatível com as exigências dessa tarefa. Analisando a especificidade de tal projeto, Kant afirma ser a Constituição republicana a única capaz de realizá-lo, embora reconheça, também, que ela é a mais difícil de ser estabelecida e conservada. Isso é tão perceptível que alguns chegam mesmo a dizer que a Constituição republicana poderia apenas dar forma a um Estado de anjos, já que os homens, em função de suas tendências egoístas, não estariam habilitados à forma de convívio que ela propõe.

A arte da política, considerada sob a perspectiva kantiana, consiste, no entanto, em saber como o antagonismo das disposições humanas pode ser coordenado no interior de um povo, fazendo com que os homens se obriguem a submeter-se a leis coativas, viabilizando, assim, um estado de paz no qual elas têm força.³⁷ Esse trabalho não implica certamente o aperfeiçoamento moral dos indivíduos, mas uma forma de constrangê-los a serem bons cidadãos. Por isso, diz Kant, o problema do Estado tem solução – mesmo para um povo de demônios – desde que os homens tenham entendimento de que é imprescindível uma Constituição que os contenha reciprocamente, “de modo que o resultado da sua conduta pública é o mesmo que se não tivessem as disposições más”.³⁸

Para viabilizar a coexistência das liberdades externas e permitir o livre curso dos antagonismos sem que eles se convertam em conflitos ameaçadores de toda sociabilidade possível, é preciso pensar as condições de possibilidade de uma Constituição republicana – aquela que tem como origem a fonte pura do direito³⁹ - através da qual as leis, e não os homens, exerçam o poder político. Essa é uma idéia que a experiência confirma, esclarece Kant,

e a única que não ensaiada e não introduzida na prática pela violência das revoluções, isto é, pelo transtorno de uma constituição defeituosa (porque nestas terríveis sacudidas, basta um instante para anular todo o estado jurídico), mas, ao contrário, realizada por meio de uma reforma lenta, insensível e segundo princípios firmes, pode conduzir à paz perpétua por meio de uma aproximação perpétua do soberano bem político.

Compreende-se, assim, a importância fundamental do direito no sistema geral do pensamento kantiano, que mostra a realização da liberdade sob a lei como critério indispensável para o progresso da humanidade, um movimento descrito a partir de duas etapas distintas e complementares. A primeira, *que já foi alcançada*, consiste na saída dos indivíduos do estado de natureza e a conseqüente organização das sociedades jurídicas; a segunda contempla a formação de uma *associação* de Estados e expressa o ideal supremo da história futura, de cuja implementação depende a própria estabilidade da civilização.⁴¹

Para Kant, a eficácia de uma Constituição está necessariamente vinculada à relação externa legal dos corpos políticos, pois a mesma

insociabilidade, que obrigou os homens a entrar em sociedade, perdura também na relação entre os Estados.⁴² Muito embora se possa questionar a maldade intrínseca à natureza dos indivíduos que vivem nos domínios de uma ordem estatal – uma vez que a tendência dos homens para a violência recíproca se encontra, nesse espaço, encoberta sob o manto da coação das leis civis que não apenas fornece um *verniz moral* aos cidadãos, mas facilita também o desenvolvimento do respeito ao direito⁴³ - nas relações interestatais a barbárie manifesta-se à luz do dia.

3 O CIDADÃO DO MUNDO

Assim como o homem se viu compelido a sair do estado de natureza e a ingressar em uma constituição civil, os Estados já fundados são, igualmente, constrangidos a encontrar, em função da resistência mútua dos demais corpos políticos – nascida da sua liberdade –, uma lei de equilíbrio e um poder unificado capaz de assegurá-la. Para que as forças da humanidade não pereçam ou sejam destruídas, há que se pensar a possibilidade de erigir, através do aperfeiçoamento interno das constituições civis e de um acordo de soberania suficiente para edificar uma legislação comum no plano externo, um Estado semelhante a uma sociedade civil juridicamente organizada, mas que permita, no entanto, aos corpos políticos manterem-se autônomos.⁴⁴

Rousseau, diz Kant, não estava equivocada a preferir a condição dos selvagens àquela dos civilizados antes que esse último estágio da ordem política seja alcançado. Como se julga o apego dos homens à sua liberdade selvagem – sem lei – considerando-a barbárie e degradação animal da humanidade, assim também deve-se examinar a relação belicosa entre os ditos *povos de cultura*. O fulgor dos chefes supremos da ordem estatal, que, tendo à disposição milhares de indivíduos obrigados ou dispostos a se sacrificarem por algo que em nada lhes diz respeito, deflagram a guerra sem se colocarem em perigo, aliado a não sujeição dos Estados a nenhum tipo de legalidade externa, expõe de forma inequívoca a eficácia da política como uma *arte da guerra*.⁴⁵

Os *poderosos da terra* agem em prol da violência e não do direito. Mas, adverte Kant, não há como fundar a política apenas na astúcia e recusar toda juridicidade. Para além da força que concede a marca indelével das trocas interestatais, é preciso mostrar o princípio supremo do qual provém a intenção da paz perpétua.⁴⁶ Os Estados – em suas relações recíprocas – podem ser considerados como homens singulares que, na condição de independência em relação às leis exteriores, prejudicam-se mutuamente. Os corpos políticos necessitam, contudo, de segurança, para continuarem existindo, ou seja, precisam de um certo consenso que garanta a cada um a sua autonomia. Essa garantia não pode, porém, derivar de noções como bem-estar ou felicidade de cada organização estatal isolada. Ao contrário, ela só pode surgir do puro conceito de dever jurídico – a obrigação moral, cujo princípio

a priori é dado pela razão pura –⁴⁷ que diz: é preciso constituir uma associação específica de Estados para manter e garantir a paz interna e externa.⁴⁸

Observando o mundo como é, vê-se que os Estados considerados em suas relações mútuas estão naturalmente em uma condição não-jurídica, em uma situação de guerra – na qual prevalece o direito do mais forte – mesmo que a hostilidade não esteja sempre presente. Embora a agressividade possa estar latente, a espreita do combate é, em si mesma, injusta, o que leva, portanto, ao dever dos Estados de eliminar, definitivamente, toda e qualquer possibilidade de conflito armado. Em outros termos, pode-se dizer que é fundamental pensar um pacto internacional concebido segundo a idéia de um contrato originário, pelo qual os povos se comprometem a não intervir nos problemas internos de cada um, garantindo-se, desse modo, dos ataques externos. Essa aliança, que não contempla a institucionalização de nenhum poder soberano, possui a estrutura de uma federação – à qual as partes constitutivas têm sempre o direito de renunciar e que, por isso mesmo, deverá ser renovada ao longo do tempo.⁴⁹

À representação da realidade objetiva dessa comunidade interestatal Kant dá o nome de *foedus pacificum* (federação da paz), para distingui-la de um *Estado de povos*, o que seria uma contradição, pois essa ordem política

implica a relação de um superior (legislador) com inferior (o que obedece, a saber, o povo) e muitos povos num Estado viriam a constituir um só povo, o que contradiz o pressuposto (temos que considerar aqui o direito dos povos nas suas relações recíprocas enquanto formam Estados diferentes, que não podem fundir-se em um só).

O Estado é uma sociedade de homens que não pode ser anexada a um outro corpo político, sob pena de aniquilar a sua existência moral.⁵¹ Assim, a federação não configura um poder soberano ou um *superestado*, mas apenas uma associação na qual os componentes permanecem em um nível de cooperação entre iguais. A sua constituição implica um *pactum societas* – não um pacto de submissão – estabelecido, essencialmente, entre ordens políticas republicanas, cujo objetivo consiste em banir definitivamente os conflitos armados. Nas repúblicas, esclarece Kant, são os cidadãos que decidem sobre a guerra da qual sofrerão imediatamente as conseqüências e, sendo assim, é bem pouco provável que eles a declarem, a não ser em casos de flagrante agressão exterior. Fora dessa *esfera*, a luta entre as nações progride em uma espiral interminável.⁵²

Esse ciclo só poderá ser interrompido na medida em que internamente os Estados adequarem a sua estrutura ao republicanismo e, no plano externo, consentirem no respeito aos seguintes princípios: 1) *Os tratados de paz não poderão ser considerados como tal, se forem elaborados com a tácita reserva de pretextos para uma guerra futura.* 2) *Os Estados independentes não poderão ser adquiridos por outro*

através de sucessão hereditária, troca, compra ou doação. 3) Os exércitos permanentes devem, com o tempo, desaparecer inteiramente. 4) Não devem ser contraídas dívidas públicas em vista de uma ação a ser empreendida no exterior. 5) Nenhum Estado deve intrometer-se, através da força, na constituição e no governo de um outro Estado. 6) Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir atos de hostilidade que tornariam impossível a confiança recíproca na paz futura.⁵³

A natureza, diz Kant, reuniu os homens em um espaço determinado. E, como a posse do solo sobre o qual o ser racional vive só pode ser concebida como sendo aquela de uma parte de uma totalidade, conseqüentemente todos os povos possuem, originariamente, a comunhão do solo. Certamente essa não é uma comunidade jurídica do uso ou propriedade da superfície terrestre, mas uma associação que implica, necessariamente, a reciprocidade de cada um com todos os demais. A singularidade dessa relação não pode ser desconsiderada, pois, se o limite à liberdade externa for desrespeitado nesse âmbito específico das trocas humanas, todo o edifício civilizatório acabará, inevitavelmente, ruindo.⁵⁴ Dessa constatação decorre a necessidade de pensar, no mesmo plano da configuração de uma federação de Estados, um direito próprio ao cidadão do mundo, tão imprescindível como a ordem jurídica das cidades.

Acompanhando, através do pensamento kantiano, o projeto de uma paz perpétua, percebe-se que a sua realização perpassa três âmbitos distintos e complementares da ordem normativa: o direito político – que regula as relações dos cidadãos no Estado; o direito das gentes *lato sensu* – que dispõe sobre as relações entre os corpos políticos; e o direito cosmopolita – que coordena as relações entre os Estados e os cidadãos estrangeiros, ou seja, dispõe sobre as condições de hospitalidade necessárias aos homens que têm em comum a posse da superfície da terra.⁵⁵ O direito cosmopolita opera como um complemento indispensável ao *código não escrito* de uma ordem jurídica da humanidade que tem como fim a paz perpétua, cuja aproximação não pode dispensar essa forma de juridicidade.⁵⁶

Embora não seja possível teoricamente prever o futuro, adverte Kant,

os princípios políticos que tendem a realizar essas reuniões de cidades, como para favorecer a aproximação sem fim a esse estado de paz perpétua, não são impossíveis; e, como tal aproximação é uma questão fundada no dever e, portanto, também no direito dos homens e dos Estados, é sem dúvida praticável.⁵⁷

Certamente, a razão não está ainda suficientemente esclarecida para acompanhar as causas que possibilitam anunciar com segurança, previamente, os resultados – felizes ou nefastos – das ações e omissões humanas. Isso não impede, contudo, que ela esclareça sobre os perigos que envolvem as relações políticas comandadas por um imperativo da força indiferente às injustiças que provocam.⁵⁸ A *Realpolitik* pura acompanha a barbárie como condição

inelutável da humanidade, mas a razão está acima dessa potência, esclarecendo os homens para que eles possam superar a miséria e a menoridade.

Para que o *bom senso* se sobreponha à força, diz Kant, não é necessário – nem desejável – que chefes políticos filosofem ou que os filósofos assumam a direção dos Estados,

porque a posse do poder prejudica inevitavelmente o livre juízo da razão. É imprescindível, porém..., que os povos soberanos (que se governam a si mesmos segundo as leis da igualdade) não deixem desaparecer ou emudecer a classe dos filósofos, mas os deixem falar publicamente para a elucidação dos seus assuntos, pois a classe dos filósofos, incapaz de formar bandos e alianças de clube pela sua própria natureza, não é suspeita da deformação de uma propaganda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Brasília: Editora UnB, 1995.

GIESEN, Klaus-Gerd. O charme perdido do liberalismo político. In: FELIPE, Sônia T. *Justiça como equidade – fundamentos e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)*. Florianópolis: Insular, 1998.

KANT, Immanuel. *Idéia de uma história universal com um propósito cosmopolita*. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.

_____. *Resposta à pergunta: que é iluminismo*. Lisboa: Edições 70, 1995

_____. *A paz perpétua*. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

¹KANT, Immanuel. *Idéia de uma história universal com um propósito cosmopolita*. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 22.

²KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d, p. 85.

³*Id.*, *ibid.*, p. 39.

⁴*Id.*, *ibid.*, p. 88.

⁵*Id.*, *ibid.*, p. 75.

⁶*Id.*, *ibid.*, p. 85.

⁷*Id.*, *ibid.*, p. 78.

⁸*Id.*, *ibid.*, 83.

⁹ *Id.*, *ibid*, 56-7.

¹⁰ KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: que é iluminismo*. Lisboa: Edições 70, 1995, p.11-2.

¹¹ *Id.*, *ibid*, p. 11.

¹² *Id.*, *ibid*, p.16.

¹³ KANT, Immanuel. *Idéia de uma história universal com o propósito cosmopolita*, p. 26-7.

¹⁴ *Id.*, *ibid*, p. 27.

¹⁵ *Id.*, *ibid*, p. 27.

¹⁶ *Id.*, *ibid*, p. 29.

¹⁷ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993, p.150-1.

¹⁸ *Id.*, *ibid*, p. 55.

¹⁹ *Id.*, *ibid*, p. 55.

²⁰ *Id.*, *ibid*, p. 47.

²¹ *Id.*, *ibid*, p. 47.

²² *Id.*, *ibid*, p. 48.

²³ *Id.*, *ibid*, p. 77.

²⁴ *Id.*, *ibid*, p. 149.

²⁵ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 121.

²⁶ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*, p. 149-50

²⁷ *Id.*, *ibid*, p. 153.

²⁸ *Id.*, *ibid*, p. 154.

²⁹ *Id.*, *ibid*, p. 154.

³⁰ *Id.*, *ibid*, p. 47.

³¹ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*, p.127, 164.

³² *Id.*, *ibid*, p.130.

³³ *Id.*, *ibid*, p.12788.

³⁴ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*, p. 158.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Brasília: Editora UnB, 1995, p.151.

³⁶ KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: que é iluminismo*, p. 15-6.

³⁷ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*, p. 146-7.

³⁸ *Id.*, *ibid*, p.147.

³⁹ *Id.*, *ibid*, p.128-9.

⁴⁰ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*, p. 206-7.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, p. 157-8.

⁴² KANT, Immanuel. *Idéia de uma história universal com um propósito cosmopolita*, p. 29.

⁴³ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*, p. 158.

⁴⁴ *Id.*, *Ibid.*, p. 30-1.

⁴⁵ *Id.*, *Ibid.*, p. 133.

⁴⁶ *Id.*, *Ibid.*, p.158-9.

⁴⁷ *Id.*, *Ibid.*, p.162.

⁴⁸ *Id.*, *Ibid.*, p.134-5.

⁴⁹ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*, p.192.

⁵⁰ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*, p. 132.

⁵¹ *Id.*, *Ibid.*, p. 121.

⁵² GIESEN, Klaus-Gerd. O charme perdido do liberalismo político. In: FELIPE, Sônia T. *Justiça como equidade – fundamentos e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)*. Florianópolis: Insular, 1998, p. 366.

⁵³ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*, , p. 120-4.

⁵⁴ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*, p. 150.

⁵⁵ GIESEN, Klaus-Gerd, O charme perdido do liberalismo político, p. 377-8.

⁵⁶ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*, p. 140.

⁵⁷ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*, p. 200.

⁵⁸ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*, p. 152.

⁵⁹ *Id.*, *Ibid.*, p.147.

ABSTRACT

Based upon the thought of Kant, the article presents freedom as the most precious benefit human beings may have. People need State, in order to guarantee that their freedom will be limited rationally. Obeying laws, human beings become citizens, being essential for maintaining the existence of humankind the internal progress in civil constitutions and a sovereignty agreement on the external field.

KEYWORDS

Freedom. Human Nature. Justice. Citizenship. Law. International Relations.

SÚMULAS VINCULANTE E IMPEDITIVA DE RECURSO

José Barcelos de Souza*

RESUMO

O autor faz uma crítica da chamada *súmula vinculante*, cuja introdução em nosso Direito parece provável, visto que consta da Emenda Constitucional referente à reforma do Judiciário. Sua crítica se estende também à denominada *súmula impeditiva*, que a seu ver já existe em nossa legislação e que deveria, antes, ser objeto de revogação.

PALAVRAS-CHAVE

Súmula vinculante. Súmula impeditiva. Reforma do Poder Judiciário. Emenda Constitucional.

Em geral decisões judiciais não atingem terceiros, estranhos ao processo, nem vinculam o juiz em relação a casos futuros, nem muito menos outros juizes, que não são obrigados a seguir a orientação do tribunal em outros processos. Nem os membros do tribunal, aliás, ficam sujeitos a acompanhar em julgamentos futuros sua própria orientação anterior. Podem mudar o entendimento, visto que, como observou muito bem um jurista, creio que Milton Campos, só não muda de opinião quem não pensa. Permanecer no erro é que, sem dúvida, não seria sensato.

Contudo, não obstante a oposição da Ordem dos Advogados do Brasil e de membros da magistratura mesmo, aos quais o Executivo vem dando correto e indispensável apoio, setores do Judiciário têm insistido, a propósito da tramitação do Projeto de Emenda Constitucional referente à reforma do Judiciário, na adoção de mecanismo que torne obrigatório para juizes e tribunais certos entendimentos fixados pelo Supremo Tribunal em enunciados denominados súmulas, que se chamariam, por isso mesmo, súmulas *vinculantes*. Seria uma maneira de tornar mais ágil ou menos morosa a justiça, diminuindo-lhe o trabalho através de uma espécie de triagem das demandas.

Há, entretanto, outras e muito melhores soluções para a morosidade da justiça.

Além de outros inconvenientes, há o risco de tornar-se súmula vinculante matéria que careça de melhores estudos. Uma antiga *súmula* comum do Supremo Tribunal, por exemplo, a de número 352, apoiou-se em um único julgado (!), e, além disso, julgado que teve nada menos que quatro

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

votos contrários, o que levou o antigo Ministro Aliomar Baleeiro a indagar: “Será, assim, jurisprudência predominante?”.

Tem-se objetado que a súmula vinculante engessaria a capacidade criativa do juiz e o aprimoramento do direito.

Iria, porém, muito além disso. Engessaria, sobretudo, o trabalho do advogado.

Com efeito, e como salientou em um de seus escritos o conceituado autor e professor catedrático que foi Celso Barbi, quando se fala em jurisprudência eleva-se muito o papel do juiz e se esquece o papel do advogado, que é normalmente quem arranja soluções, que juiz apenas aceita ou não.

E ponderava: “O trabalho criador mesmo, apesar de ser atribuído aos tribunais, na realidade o início da criação, aquele trabalho inventivo de arrancar a fórmula para apresentar ao juiz, é trabalho do advogado. E felizmente é um trabalho que costuma resultar satisfatório, porque encontra receptividade dos juízes, que sempre querem acertar, e que, quando encontram uma fórmula feliz trazida por um advogado, encontram aí a oportunidade de realizar a justiça, que a lei, às vezes, por outro meio não permita”.

Também o grande jurista uruguaio Eduardo Couture observou que certo juiz, num arroubo de sinceridade, disse que a jurisprudência é feita pelos advogados. Acrescentou o jurista que, realmente, assim é, porque na formação da jurisprudência, e, com ela, do Direito, o pensamento do juiz é, normalmente, um *posterius*. O *prius* correspondente ao pensamento do advogado.

Mas é claro que trabalho criador do advogado seria irrelevante sem um bom e criterioso juiz que pudesse aproveitar e até melhorar o que de valioso encontrasse nele.

Exemplo disso foi a chamada teoria brasileira do *habeas corpus*, na avaliação de Castro Nunes, antigo ministro do Supremo, o episódio sem dúvida de maior culminância, o fato de maior significação em toda a nossa vida judiciária. Seu artífice, no Supremo Tribunal Federal, foi o Ministro Pedro Lessa, mas incitado por ninguém mais ninguém menos que Rui Barbosa, que pleiteava a dilatação do âmbito do remédio, argumentando e mostrando que a Constituição o permitia.

Mais recentemente, na década de 60, criou-se, não por lei, mas por construção pretoriana, a *liminar* nos *habeas corpus* (ou seja, a concessão provisória da ordem pelo relator, a vigorar até o julgamento do pedido), que, nas palavras de Tourinho Filho, é uma das mais belas criações de nossa jurisprudência. Surgiu no Superior Tribunal Militar, onde foi concedida pelo relator, Almirante José Espínola, em *habeas corpus* impetrado pelo professor carioca Arnold Wald, vindo logo em seguida a ser adotada também no Supremo Tribunal Federal, em decisão do Ministro Gonçalves de Oliveira, que acolheu pedi-

do formulado pelo notável advogado que foi Sobral Pinto e concedeu a medida para impedir a execução de decreto de prisão expedido contra governador processado por crime político, ganhando então repercussão e impulso. Fez-se ao *habeas corpus* aplicação analógica de preceito de um seu companheiro, o mandado de segurança, genuína criação nacional instituída na Carta Política de 1934, que mandava fosse seguido o mesmo procedimento daquele.

De qualquer modo, o que muito importa considerar é que o estabelecimento de súmula vinculante seria desenganadamente inconstitucional, mesmo que imposta por Emenda Constitucional, visto que esbarraria na cláusula pétreia, por isso mesmo insuscetível de modificação até por aquele meio, inscrita que se acha entre os direitos e garantias individuais, de que a lei não excluirá da apreciação judicial qualquer lesão de direito.

É que a conseqüência não seria pura e simplesmente a de não poder o juiz decidir contra a súmula. Precisamente por lhe ser vedado assim agir, haveria de repudiar logo de início uma demanda que, posto fundada na lei, divergisse de súmula. Ter-se-ia, então, um exemplo de impossibilidade jurídica do pedido, inexistente no processo civil desde os tempos do Ato Institucional n. 5, que retirava os atos revolucionários da apreciação judicial.

Tem-se falado também, a propósito da Emenda Constitucional de reforma do Judiciário, na adoção, em lugar dela, de um outro tipo de súmula, denominada impeditiva de recurso, que supostamente seria mais bem aceita.

É o que o Superior Tribunal de Justiça já estava querendo, conforme reivindicação nesse sentido levada ao presidente do Senado. O Tribunal Superior do Trabalho também queria. Não demorava muito, outros tribunais também iam querer. Por ora, enquanto a vinculante ainda está firme, ficou para os dois primeiros reservada no Senado a impeditiva.

Essa outra espécie de súmula, porém, seria também perniciosa, já que, como seu próprio nome está dizendo, impediria um recurso que a contrariasse. Desse modo, se o juiz não fica proibido de julgar como entender acertado, por outro lado a parte que perdeu não poderá bater às portas de certos tribunais superiores no caso de existir súmula contrária a seu alegado direito. Fica, como se vê, restringido seu importante direito de recorrer. No crime isso é mais perverso, porque pode estar em jogo o direito constitucional à ampla defesa ou o direito à liberdade.

A súmula, em verdade, tende sempre a reinar absoluta, certa ou errada.

É o que, de certo modo, já vem ocorrendo com a súmula comum – uma mera relação numerada, composta de enunciados sucintos da jurisprudência predominante do Tribunal, – que até tribunais inferiores já estão editando.

O estagiário, assessor ou juiz, mesmo duvidoso diante de um seguro e bem fundamentado trabalho do advogado, é por vezes levado, pelo simples argumento de autoridade, ou por ser mais cômodo ou mais fácil apoiar-se em

ombros largos, a optar pela súmula, invocando-a e decidindo com ela, mas decidindo muitas vezes mal, que súmulas nem sempre contêm o melhor direito.

No crime isso é mais perverso. Frequentemente se tolhe o direito constitucional à defesa ampla.

Nociva será também a súmula impeditiva de recurso porque por meio dela o tribunal superior, ao forçar e impor um determinado entendimento, acaba, no fundo, legislando por via oblíqua.

Isso é antigo na Justiça. O imperador romano, que não era bobo, baixou um édito segundo o qual não se interpretaria lei clara. Foi para evitar que o magistrado, a título de interpretar a lei, legislasse, usurpando-lhe a função.

É o que, aliás, já vem ocorrendo entre nós, porque uma súmula comum, não só do Supremo Tribunal Federal, mas também do Superior Tribunal de Justiça, pode em certos casos surtir o efeito de uma “súmula impeditiva de recurso”, instituição que, sem alarde e um tanto despercebidamente, já entrou, sem aquela denominação, para nossa legislação ordinária. Lamentavelmente.

De fato, lá está numa lei de maio de 1990, sobre os procedimentos naqueles tribunais, que o relator negará seguimento a pedido ou recurso que, dentre outros casos, contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal. E assim se reprime um recurso. Intercepta-o legalmente o relator, impedindo-lhe o seguimento. O objetivo da lei foi, sem dúvida, diminuir o número de recursos. Só que, à medida em que se eliminam recursos, a justiça se torna pior.

E súmulas têm proliferado ultimamente. No fim de 2003 o Supremo editou, só em matéria criminal, nada menos que trinta e seis súmulas. Vou mencionar duas delas, não só porque legislam contra entendimentos de grandes juízes do próprio Supremo Tribunal Federal, mas também porque, além disso, legislam contra a própria Constituição, limitando o uso do *habeas corpus*, coisa mais própria de ditadura e de estado de sítio.

Veja-se uma dessas sumulas recentes, a de número 691. Segundo ela, se em um tribunal superior for negada liminar pedida em *habeas corpus*, não adianta ir pedi-la ao Supremo Tribunal Federal, porque nesse caso ele não deve tomar conhecimento do pedido. Como não há outro meio para se conseguir a liminar, fica tudo por isso mesmo.

Um entendimento desse não deveria ser colocado na súmula, não só porque tira do cidadão o direito de defender sua liberdade individual, mas também porque lá mesmo, naquele Tribunal, há opinião contrária do preclaro e festejado Ministro Marco Aurélio. Principalmente quando se sabe que liminares na imensa maioria das vezes não são concedidas, até mesmo quan-

do pedidas simplesmente para que não se execute logo um acórdão condenatório pleno de nulidades manifestas.

Mencione-se, ainda, um outro caso. Impetrado um *habeas corpus* ao Supremo Tribunal para cancelar uma condenação em perda de função pública, baseada em dispositivo legal já revogado, o acórdão negou o *habeas corpus*, ao fundamento de que o meio escolhido para defesa do alegado direito mostrava-se inadequado.

Esse entendimento agora foi para a súmula, com o número 694. Entretanto, como havia contra ele um notável voto vencido proferido pelo insigne e culto Ministro Sepúlveda Pertence (um desses votos vencidos que o leitor é levado a exclamar, com admiração, que precisamente ele é que merecia ter sido vencedor), mostrando que o meio utilizado era adequado, fica difícil entender como o acórdão entrou para a súmula. Pode ser lido no acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 41, p.159/175.

O projeto de reforma do Judiciário precisa cuidar é da abolição da súmula impeditiva. Porque, se é boa para diminuir os serviços de Tribunais, é ruim para o cidadão.

Não se objete que a súmula poderá ser revista. O caminho para tanto é longo e penoso. Se chegar lá, a súmula já terá feito muito estrago.

ABSTRACT

The author critically assesses the so-called “Binding Decisions” (*Súmula vinculante*) coming from higher Brazilian courts, whose introduction in the Brazilian legal system seems likely, as it is object of the Constitutional Amendment concerning the reform of the Judicial Branch. The criticism also comprises the so-called “Appeal-Preventive Decisions” (*Súmula Impeditiva*), which, according to the author, already exist in our legal system and should be repealed.

KEYWORDS

“Binding decisions”. “Appeal-preventive decisions”. Judicial branch reform. Constitutional amendment.

TUTELAS DE URGÊNCIA: ESTUDO SOBRE CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

*Juraci Mourão Lopes Filho**

1 Introdução. 2 Espécies de tutela jurisdicional: critério para definição. 3. Tutela Cautelar. 4 Tutela Antecipada. 5. Críticas à distinção entre cautelar e tutela antecipada e à Lei n. 10.444/02. 6 Conclusões.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar os institutos da tutela antecipada e da cautelar, examinando suas aproximações e distanciamentos, mediante uma análise crítica da doutrina corrente.

PALAVRAS-CHAVE

Medidas de urgência. Tutela antecipada. Cautelar. Liminar.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do direito processual e de seus institutos ao longo dos anos tem apresentado diferentes formas de compreender seu objeto e a função do mesmo para o Direito e para a ordem jurídica. Inicialmente, tomados como figuras subordinadas aos direitos subjetivos – quando se proclama que a todo direito corresponde uma ação para protegê-lo –, o processo, a ação e a jurisdição, em um segundo instante, são tidos como realidades autônomas, desprezadas do direito substantivo que têm por objeto, para, finalmente, serem inseridos no contexto de preceitos constitucionais intrinsecamente ligados aos direitos e garantias fundamentais.

É nesta última fase em que a tutela jurisdicional, provocada pelo exercício do direito de ação e prestada mediante processo, é tida como instituto de direito constitucional de relevância incomensurável, pois além de ser o instrumento de pacificação social é meio de efetivação e garantia dos direitos fundamentais máximos de uma ordem jurídica. Neste contexto, é comum se afirmar que

os direitos às liberdades reconhecem que essas liberdades não surgem apenas da constatação oficial de sua existência, mas estão vinculadas à proteção e a seu reconhecimento. A proteção jurisdicional é essencial para a concretização dos direitos e liberdades reconhecidos em constituições, em convenções e outras

*Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela mesma instituição, Coordenador Geral Adjunto do Curso de Direito da Faculdade Christus, Assessor do Tribunal de Justiça do Ceará, Membro Fundador do Instituto Cearense de Estudos Avançados – ICEA.

normas, de qualquer natureza, desde que tenham como objetivo essencial a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Nos dias presentes, a atividade jurisdicional estatal é tida como a maior das garantias constitucionais, donde provém a imbricação, interação e influência recíproca entre processo e Constituição. Cândido Dinamarco coloca que essa interação possui dois sentidos:

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.

O monopólio estatal da jurisdição – surgido quando em uma ordem jurídica se veda, como regra, o exercício da autotutela pelos litigantes – e o reconhecimento do *status* superior do processo e do direito de ação fez com que os processualistas, especialmente após a segunda metade do século XX, tivessem como recorrente objeto de atenção a efetividade da tutela jurisdicional. Os textos doutrinários e normativos gradativamente foram dedicando-se mais intensamente ao tema. Criaram-se institutos novos e revitalizaram-se antigos no intuito de impedir que a demora da tramitação processual tornasse de alguma forma ineficaz o provimento ao final prestado pelo órgão jurisdicional, causando dano à parte.

Na certeza de que uma justiça tardia corresponde a uma injustiça agravada e ainda uma ofensa à Constituição Federal, os poderes dos juízes para – de alguma forma – apressarem, resguardarem ou até mesmo anteciparem os provimentos finais foram aumentados pelo labor pretoriano e legislativo. E a concepção do direito de ação como uma garantia fundamental especificamente contribuiu grandemente para tal fenômeno.

Na ordem jurídica brasileira, essa preocupação com a efetividade do provimento jurisdicional e a demora da tramitação processual recebeu especial tratamento pelo constante movimento de reforma do direito processual civil. No mesmo sentido, vanguardistas construções pretorianas e doutrinárias abriram um espaço para os magistrados, invocando os princípios constitucionais, praticarem mais proficuamente atos voltados à certeza de que suas decisões – realmente mais eficientes a atender seu desiderato –, sem causar maiores prejuízos aos jurisdicionados, o que corresponde a um prestígio ao poder geral cautelar.

É nesse contexto histórico e jurídico que se encontram atualmente o provimento cautelar e a antecipação de tutela, porquanto têm como principal razão de ser a prestação de uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva, tanto que receberam de José dos Santos Bedaque³ a denominação de tutelas de urgência.

No presente trabalho, procuraremos demonstrar os principais aspectos de ambos os institutos, sob uma visão pouco comum na doutrina e jurisprudência, qual seja, a de que uma das formas de antecipação de tutela é uma espécie de provimento cautelar.

Na mesma linha de idéias, procuraremos apresentar críticas à recente alteração realizada pela Lei n. 10.444/02, que, a nosso ver, agravou um erro já contido na reforma de 1994 (quando foi criado o instituto da antecipação de tutela no processo de conhecimento no direito brasileiro).

Para tanto, recorreremos à doutrina italiana, onde nosso direito processual tanto se abeberou e abebera, e na mais abalizada doutrina nacional, sem desmerecer – mas em verdade enaltecer – aqueles autores que defendem entendimento contrário. A opinião destes últimos é tão respeitável e bem construída que merece mais do que poucas linhas para contrapô-la, pelo que esperamos que o presente escrito seja apenas um despertar para estudantes e estudiosos do assunto no sentido de que o tema não navega em águas calmas, mas sim revoltas, especialmente causada pela onda reformista que, como dito, acomete nosso direito processual civil, e que, muitas vezes, na ânsia de inovar, apresenta como solução nova a certos problemas institutos já possíveis de serem manejados na ordem jurídica anterior.

2 ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL: CRITÉRIO PARA DEFINIÇÃO

Para bem definirmos o provimento cautelar – que hoje não mais se discute seja o *tertium genus* dentre as espécies de provimento jurisdicional – e a tutela antecipada (que juntas formam as tutelas de urgência) impende assentar qual o critério utilizado para diferenciar as tutelas jurisdicionais entre si, ou seja, é preciso determinar qual o dado essencial caracterizador de cada espécie.

A doutrina italiana muito se dedicou ao tema. Compartilhamos inteiramente do entendimento de Francesco P. Luisio,⁴ autor italiano contemporâneo, para quem as formas de intervenção jurisdicional são estritamente ligadas à necessidade de tutela da situação substancial a ser protegida. A forma de tutela jurisdicional decorre da resposta a seguinte pergunta: do que precisa determinada situação substancial lesada? A intervenção jurisdicional será estruturada segundo a lesão posta em juízo e o modo idôneo a garantir a satisfação da situação substancial protegida. Assim sendo,

as formas de intervenção jurisdicional são três, não por opção do legislador, mas por razões ontológicas, isto é, por razões que transcendem qualquer ordenamento jurídico específico. Tais tutelas são, pois, a declaratória (ou de conhecimento), executiva e a tutela cautelar. Qualquer ordenamento (máxime qualquer ordenamento moderno) prevê essas três formas de tutela jurisdicional.

Encontramos na melhor doutrina nacional entendimento condizente com o exposto na doutrina italiana. É o que percebemos dos escritos de Alfredo Buzaid quando afirma que:

Vistos em seu conjunto apresenta-se o processo civil em três funções. Uma é a de conhecimento, que se inicia com a propositura da ação e termina de ordinário, pelo julgamento da lide ou por meios excepcionais, como a extinção sem julgamento do mérito. Outra é o processo de execução, que começa com a propositura da ação correspondente ao título executivo e deve terminar normalmente com a satisfação do credor. E, por último, a terceira, que serve para garantir o resultado útil das duas primeiras, realiza uma atividade cautelar. A sua função é preventiva.

Ademais, a tutela de conhecimento se divide em três: a) meramente declaratória; b) constitutiva; c) condenatória.

Pelo exposto, percebemos que o critério utilizado para distinguir as formas de tutela jurisdicional é a forma de amparo de que necessita a situação substancial violada. Em outras palavras: a finalidade a que se volta a manifestação do Judiciário.

Assim, o dado essencial da tutela de conhecimento é, mediante apuração dos fatos relevantes da causa: a) ensejar um pronunciamento de certeza sobre tais fatos e sua conseqüência jurídica; b) alterar, criar ou extinguir no plano da abstração jurídica uma determinada relação jurídica; c) propiciar um instrumento hábil ao manejo da ação executiva. Por sua vez, a tutela executiva tem por fim, essência, atuar no mundo dos fatos, visando a propiciar concretamente a satisfação do direito do exequente. Por fim, a tutela cautelar visa a garantir a efetividade das duas outras, que esteja ameaçada pela demora na tramitação dos respectivos processos.

Partindo dessa constatação como premissa, Marcelo Lima Guerra vai mais adiante e afirma que a proteção dos direitos subjetivos é propriamente prestada exaustivamente por apenas duas das espécies de tutela de conhecimento e pela tutela executiva. A tutela de conhecimento condenatória seria simples exigência preliminar para obtenção do provimento executivo e a cautelar tem por fim não garantir por si um direito subjetivo, mas garantir a efetividade de um outro provimento, sendo a garantia da garantia.

Escreve o professor cearense:

As diferentes necessidades de proteção reveladas pelos direitos subjetivos podem ser reduzidas a três modalidades: a) necessidade de eliminar incerteza jurídica acerca da existência ou inexistência de um direito; b) necessidade de alterar a situação jurídica entre os dois ou mais sujeitos de direito, de modo a constituir, modificar ou extinguir um direito subjetivo; c) necessidade de realização concreta ou material de um direito subjetivo. A cada uma dessas diferentes modalidades de proteção do direito subjetivo, corresponde, como não poderia deixar de ser, uma intervenção diferenciada do órgão jurisdicional, dando lugar a modalidades distintas de tutela jurisdicional.

Com isso em mente, percebe-se que o critério *específico* para definir o provimento cautelar não é o mesmo para caracterizar o de conhecimento e executivo. Enquanto aqueles se diferenciam entre si pelo fim variar segundo a forma de se tutelar a situação substancial, a finalidade do provimento cautelar não é tutelar diretamente uma situação substancial, mas uma medida provisória com vistas a garantir que um outro provimento possa fazê-lo no futuro.

Esclareça-se que tais tutelas jurisdicionais não obrigatoriamente devem ser prestadas em processo próprio. Com efeito, em um mesmo conjunto concatenado e coordenado de atos interdependentes entre si e em contraditório (processo) podem ser prestadas mais de uma tutela jurisdicional, como, p. ex., sói acontece em um mandado de segurança.

No entanto, é recomendável que para cada espécie de tutela haja um processo próprio, pois sua prestação será mais profícua, dada a possibilidade de melhor adaptação dos atos prévios do processo ao ato final de concessão da tutela pleiteada. Neste sentido propugna um dos princípios informativos do processo: o lógico. Sobre ele escreve Arruda Alvim que “a estruturação do processo tem de ser lógica, pois atende a uma finalidade, à qual racionalmente se deve dirigir todo os atos, culminando todos eles na sentença”.⁷ De fato, se a parte pleiteia um provimento executivo, p. ex., este será mais eficientemente prestado se o for mediante um processo cujos atos tenham a finalidade de atuar concretamente sobre o patrimônio do devedor a fim de satisfazer o credor.

Essa necessidade lógica evidencia-se se tomarmos como exemplo analógico a linha de produção de um veículo automotor: os atos do processo de produção de um carro popular devem, logicamente, para que o tempo total de produção seja minimizado, ser todos especializados para a produção daquele específico carro popular. O mesmo deve acontecer na linha de produção de um carro de luxo. No entanto, se na mesma linha de produção forem fabricados ambos os veículos o processo todo será mais lento e demora-

do, pois, para serem fabricados, passarão por etapas despiciendas.

Assim, embora não seja obrigatório, há um imperativo lógico exigindo que cada provimento jurisdicional seja prestado em processo próprio e específico.

Uma vez assentados os critérios e noções gerais sobre as espécies de tutela jurisdicional, passemos a examinar detidamente a tutela cautelar.

3 TUTELA CAUTELAR

A atividade jurisdicional desempenhada pelo Estado, por sua própria natureza, demanda a efetividade da tutela prestada. De fato, quando se propõe a substituir a atividade das partes por sua própria, apresentando-a como a mais legítima forma de pacificação social, o Estado não pode furtar-se deste mister.

No entanto, vários obstáculos existem para essa prestação jurisdicional efetiva. Andrea Proto Pisani⁸ enumera tais obstáculos da seguinte forma: a) o tempo entre o momento de surgimento do direito ou de sua violação e do ingresso em juízo; b) duração do processo para a cognição plena; c) duração do processo de execução forçada; d) demora provocada pela lentidão patológica do processo.

Muito se discutiu e ainda se discute quanto ao meio mais apto a atingir esta efetividade, apresentando-se como tema árduo, quer seja em sede doutrinária, jurisprudencial ou legislativa, e freqüentemente açulador de pensamentos e paixões díspares.

A própria dinâmica do processo contribui para isto, vez que, qualquer que seja o rito ou gênero de procedimento analisado, encontrar-se-ão em tensão a necessidade de rapidez na prestação jurisdicional e a estabilidade na apuração de seu cabimento e legitimidade. Evidenciam-se, assim, os obstáculos indicados acima em “b” e “c”. Celeridade e prudência são dois fatores ínsitos à atividade do juiz que sempre estarão em contraposição.

Com efeito, a necessidade de observância dos princípios constitucionais atinentes ao processo, *per se*, reclamam tempo, e exatamente em decorrência desta necessária delonga na prestação jurisdicional, que não se confunde com a morosidade do Judiciário, pode a parte vir a sofrer algum tipo de dano a seu patrimônio jurídico.

Esses danos são denominados, primeiramente por Fizi e depois por Calamandrei, de marginais. Na feliz explanação de Marcelo Guerra estes danos marginais são “efeitos colaterais” da escorregada, e portanto inarredável, duração do processo, que, promovendo prejuízo ao indivíduo, podem vir a tornar de alguma maneira ineficaz a tutela jurisdicional. Diferem, pois, da demora patológica, decorrente do entrave das instituições judiciárias,

indicadas acima em “d”. O perigo de a parte sofrer alguma sorte de dano é hodiernamente denominado de *periculum in mora*.

Daí surge a importância do papel desempenhado pelo provimento cautelar, visto que seu fim é exatamente garantir a efetividade dos demais provimentos jurisdicionais (executivo e de conhecimento), eliminando o *periculum in mora*, através de uma breve cognição e rápido trâmite. Propõe-se a socorrer situações de urgência a fim de garantir a efetividade de outra tutela jurisdicional. Como se vê, se confere maior importância à celeridade, deixando a estabilidade para ulterior momento. Por isso se dizem acessórios os provimentos cautelares, sendo essa a sua primeira característica.

Diante disso, percebemos que as situações que o provimento cautelar procura salvaguardar são aquelas em que o procedimento ordinário não se apresenta hábil para obstar a superveniência de um dano marginal, na forma descrita acima. O fator tempo, como dado potencialmente causador de dano, é elemento característico desta espécie. É, portanto, a cautelar um provimento de *urgência* que busca afastar a ocorrência de prejuízo por parte do autor. Esta é, pois, outra característica deste tipo de provimento.

Cabe ressaltar que o perigo de dano autorizador da utilização do processo cautelar deve possuir necessariamente duas características: a) ser um dano marginal, na forma descrita acima; b) ser um dano *jurídico*.

A juridicidade do dano refere-se à sua própria relevância para o direito. Só merece tutela jurisdicional o dano que ponha em xeque algum direito ou faculdade do indivíduo. Qualquer outra espécie de dano não autoriza uma ação cautelar, porquanto irrelevante para o direito. O *fumus boni iuris* é exatamente esta aparência de juridicidade do dano o qual deve o autor demonstrar. Assim, através de um exercício mental acerca da possível acolhida dos fundamentos jurídicos do pedido pelo judiciário no juízo de mérito *final*, demonstra-se o prejuízo a um direito ou faculdade, que, contudo, somente poderá ser declarado existente ou inexistente – ou ainda executado – mediante outro provimento jurisdicional.

A investigação sobre a existência de tais requisitos deve caber ao juízo do magistrado segundo o caso concreto. Dizemos isso porque há na ordem jurídica alguns provimentos que se assemelham aos cautelares, mas que com ele não se confundem, como é o caso da medida liminar em ações possessórias. Não se tratam tais liminares de provimento cautelares porque o juiz não analisa, segundo juízo próprio, o cabimento da medida. Neles, a possibilidade de ocorrência de um dano marginal é presumido pela lei, que coloca objetivamente quais são os documentos e fatos para deferimento da medida, vedando ao magistrado tecer qualquer consideração sobre o *periculum in mora* em face do caso concreto.

Outra característica do provimento cautelar é a provisoriedade. É que, como visa afastar dano a um direito ou faculdade que só será tutelado por atividade estatal em outra oportunidade, possui razão de ser até este mo-

mento, e não além. Uma vez abolida a mera aparência do direito ou faculdade pela decisão final, não há porque se manter o amparo jurisdicional cautelar. Da mesma forma se dá quando se reconhece dito direito ou faculdade, tendo em vista a substituição da medida cautelar, pelo derradeiro pronunciamento do Judiciário.

Por nossa exposição até o momento temos como características do provimento cautelar: a) provisoriedade; b) urgência; c) acessoriedade; d) preventividade; e) sumariedade; f) juízo pelo próprio magistrado acerca do *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Tais elementos são os dados essenciais desse tipo de tutela. Quando estiverem presentes em qualquer provimento jurisdicional forçará sua qualificação como provimento cautelar, estando ausentes impede a definição como tal.

Não poderia ser diferente, sabe-se que essência é aquilo que pondo faz algo ser o que é, e retirando faz com que deixe de ser o que é. Neste sentido Arnaldo Vasconcelos, citando Spinoza, ensina:

então, o que constitui a essência? Deixemos a resposta com Spinoza, que nos apresenta o conceito irretocável, ao mesmo tempo excelente de precisão e de clareza: 'digo que pertence à essência de uma coisa aquilo que, sendo dado, faz necessariamente com que a coisa exista, e que, sendo suprimido, faz necessariamente com que a coisa não exista.

No conceito de cautelar em Carnelutti tais elementos estão presentes. São as seguintes as palavras do consagrado italiano, valendo esclarecer que o processo de conhecimento ele denomina de processo jurisdicional:

Diferentemente do processo jurisdicional e do processo executivo, o processo cautelar não conduz nem à coisa julgada nem à restituição forçada: à coisa julgada, porque sua finalidade não consiste em lhe dar razão ou em negá-la a um ou a outro dos litigantes; à restituição forçada, porque não tem por finalidade remediar a lesão de uma pretensão; pelo contrário, por meio deste se trata de criar um estado jurídico provisório, que dure até que se efetue o processo jurisdicional ou o processo executivo. Em virtude do processo cautelar, a *res* não é, pois, *iudicata*, e sim composta de modo que possa esperar-se o juízo; e a esta composição, cujo conceito se esclarece comprando-a com o curativo de uma ferida, dá-se-lhe o nome de medida cautelar, a qual, por sua vez, pressupõe o provimento cautelar, ou seja, o ato por meio do qual o órgão judicial dispõe a composição provisória do litígio.

No direito brasileiro entendimento análogo é encontrado nas lições de Alfredo Buzaid. Escreve o emérito processualista:

Da análise atenta das teorias que acabam de ser expostas decorre que a ação cautelar é um poder processual autônomo, que corresponde à função preventiva, diversa da função declaratória e da função executiva. Nestas duas atividades jurisdicional consiste em assegurar a realização do direito. Na função cautelar o escopo não é realizar o direito principal, mas garantir que ele se realize oportunamente. O seu caráter é instrumental e temporário. A garantia é destinada, com ensina Alberto dos Reis, não propriamente a fazer justiça, mas a dar tempo a que a justiça realize a sua obra.

Mais recentemente, a tutela cautelar vem sendo ligada intimamente à garantia constitucional ao devido processo legal, dada essa sua característica de ter por fim propiciar a efetividade dos provimentos jurisdicionais mediante processo. José dos Santos Bedaque escreve:

A tutela cautelar, em última análise, tem por função assegurar a tutela jurisdicional de direitos, tal como regulada na Constituição. Não só está inserida na idéia ampla de garantia constitucional de acesso à jurisdição, como constitui mecanismo processual-constitucional, pois assume a função de conferir efetividade às várias modalidades de tutela satisfativa existentes no sistema.

A nosso ver, quem melhor tratou classicamente sobre o tema foi Pietro Calamandrei que, nos anos 30 do século XX, escreveu importantíssima obra sobre os provimentos cautelares, cuja tradução para o português sob o título “Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares”, foi recentemente publicada no Brasil.

Calamandrei coloca como o grande critério distintivo do provimento cautelar o elemento indicado acima no item “a” (provisoriedade) ao escrever:

A opinião mais difundida, da qual partilham os nossos processualistas mais importantes, é aquela que vê um caráter constante ou ainda um caráter diferencial dos procedimentos cautelares na sua provisoriedade, ou seja, na limitação da duração dos efeitos (declarativos ou executivos) próprios desses procedimentos.

Mais adiante o mesmo autor esclarece em que sentido se dizem provisórios os provimentos cautelares ao consignar que “a provisoriedade do primeiro procedimento (sumário) nasce da possibilidade de um último (definitivo), que pode eventualmente vir a anular ou a modificar os efeitos do primeiro”¹⁴.

Embora esse autor coloque a provisoriedade em uma posição de proeminência, não olvida a existência dos demais elementos. Sobre a urgência escreve que

não basta que o interesse de agir surja de um estado de perigo e que o procedimento invocado tenha intento preventivo de um

dano somente temido, mas é necessário ainda que, em razão da iminência do perigo, o procedimento requerido tenha caráter de urgência, quando fosse previsível que, onde este tardasse, o dano temido se transformaria em dano efetivo, ou se agravaria o dano já verificado: de modo que a eficácia preventiva do procedimento seria praticamente anulada ou prejudicada.¹⁵

Por sua vez, a preventividade é um dado por imposição lógica: não poderia a tutela cautelar atuar de outra forma que não fosse preventivamente. Com efeito, o dano a que visa combater corresponde, de maneira direta, na denegação da tutela jurisdicional efetiva a ser prestada posteriormente e ameaçada pelo necessário transcurso temporal, só tendo sentido, então, a existência deste tipo de provimento se prestado antes da ocorrência do dano, preventivamente a ele. A cautelar tem por escopo eliminar o perigo desta demora, se prestada posteriormente à confirmação do perigo em dano efetivo, absolutamente nenhuma utilidade terá, perdendo sua razão de ser.

Marcelo Lima Guerra muito bem a relaciona a preventividade e urgência ao escrever:

Da mesma forma, compreende-se facilmente que a própria eficácia preventiva do remédio cautelar, acima caracterizada, está condicionada, por sua vez, a que tal remédio seja concedido sem demora. Ora, para que algo se configure como ‘ameaça à eficácia de determinada tutela jurisdicional’ – e, portanto, como *periculum in mora* –, é necessário, por definição, que corresponda a uma possibilidade objetiva de determinada situação fática se verificar, pelo menos e forçosamente, antes que a tutela ameaçada possa ser prestada, já que não é logicamente possível que a prestação efetiva de qualquer tutela jurisdicional seja posta em risco, depois de já ter sido prestada (nesse sentido é que se deve entender a mencionada especificidade do *periculum in mora*, a saber, o estar sempre associado à incapacidade da providência final, à qual o processo tende, ser concedida antes de determinado momento). Dessa forma, é possível considerar a urgência como uma característica da tutela cautelar, uma vez que para alcançar o seu objetivo de eliminar o *periculum in mora* o remédio cautelar deve ser prestado de modo urgente, isto é, imprescindivelmente antes que a tutela jurisdicional, que se quer garantir, possa ser finalmente prestada.¹⁶

Ao contrário de Calamandrei, o autor cearense põe como característica definidora dos provimentos cautelares o fato de ser voltado à eliminação do *periculum in mora* no sentido colocado acima, relacionado com os chamados danos marginais. Para ele, toda decisão e atuação do Judiciário que tenha por fim eliminar *periculum in mora* necessariamente será provimento cautelar.

Já quanto à sumariedade, diz respeito à menor quantidade de atos prévios para a prestação da tutela cautelar. Tem estreita relação com a urgência que é logicamente incompatível com um processo extenso em que haja a possibilidade de pleno exercício do contraditório e da ampla defesa e de todos o conjunto de atos a eles inerentes. Como colocado linhas atrás, na cautelar se desprestigia uma ponderação mais detida a extensa acerca das alegações das partes em favor da maior presteza para de alguma forma se tratar a situação do jurisdicionado, o que inexoravelmente demanda um processo sumário.

Neste momento devemos pontuar uma questão relevantíssima para o presente trabalho: nenhum autor e nenhum ordenamento jurídico caracterizam o provimento cautelar pelo conteúdo do provimento (se antecipatório, conservativo, etc). Isto nos leva convictamente a asseverar que o conteúdo do provimento é irrelevante, não é uma característica da tutela cautelar, mas mero atributo, irrelevante para definição como tal.

Entendemos, com Arnaldo Vasconcelos¹⁷, que há distinção entre característica e atributo. Este é dado acidental de algo; aquela é elemento ligado à essência, que inexoravelmente deve constar na coisa. São palavras suas: “em assim sendo, para identificarem as características ou propriedades de uma coisa, necessita-se conhecer, antes, sua natureza, isto é, a definição de sua essência. Desta, advirão aquelas.”

Assim, as características (dados que definem a essência) da tutela cautelar são os indicados acima nos itens “a” a “f”. Qualquer outro dado é mero atributo, elemento acidental, plenamente irrelevante para definição de algum provimento como cautelar ou não. Por esta razão, estando presentes aquelas características, haverá cautelar, sendo irrelevante se o conteúdo da mesma é antecipatório ou conservativo.

Com a elevação da medida cautelar ao *status* de garantia constitucional, voltada a propiciar a devida prestação jurisdicional, nos termos esquadrihados na Constituição, esvaziou-se a tentativa de precisar quais seriam os atos acautelatórios possíveis de serem exercidos e o conteúdo preciso dos provimentos cautelares. De fato, como visa a garantir um direito fundamental (eficaz acesso ao Judiciário) a cautelar não se limita a prestar provimentos de conhecimentos ou executivos (como entendia Calamandrei anteriormente), pois o magistrado, mediante o poder geral de cautela, deve praticar todo e qualquer ato, fática e juridicamente possível, necessário para garantir o direito do particular a ser tutelado definitivamente no futuro. Com efeito, como representa uma garantia fundamental, deve ser efetivado sempre que possível, das maneiras que estiverem ao alcance do magistrado.

Por fim, devemos distinguir cautelar de liminar. Nem toda liminar – como vimos no caso das liminares possessórias – são medidas cautelares. Enquanto estas são institutos jurídicos referentes às espécies de provimentos jurisdicionais, aquelas dizem respeito ao momento da decisão, que no caso é *in limine*, no início.

4 TUTELA ANTECIPADA

A despeito de não se pairar qualquer dúvida a respeito na função da tutela cautelar, surgiram vozes no sentido de não se admitir que no processo cautelar específico se proferissem decisões de conteúdo satisfativo, ou seja, que em vez de conservar o estado das coisas da maneira então existentes até o provimento jurisdicional final, já concedessem o próprio bem da vida antecipadamente. Os magistrados, encampando tal entendimento, passaram a não deferir em processos cautelares decisões que, ainda que visando a garantir o provimento jurisdicional final, antecipassem a tutela final, mesmo que fosse a única maneira hábil a atingir tal desiderato garantístico.

O legislativo, então, veio a suprir essa propalada lacuna da ordem jurídica brasileira, mediante modificação do art. 273, do Código de Processo Civil, onde se inseriu a possibilidade de no próprio processo de conhecimento se deferir a antecipação total ou parcial da tutela a ser prestada no final do feito.

Mais recentemente, previu-se nova forma de antecipação de tutela (art. 273, §6º). O reformador de 2002 inseriu a possibilidade de antecipação de tutela na hipótese de, ocorrendo pedidos cumulados no processo, um deles ou vários deles se torne incontroverso.

Por meio da antecipação de tutela inserida no contexto do processo de conhecimento, o ordenamento jurídico brasileiro dá ao procedimento ordinário uma nova feição, porquanto agora prevê a possibilidade de concessão em seu bojo de liminar. Concedeu-se às partes e ao magistrado uma possibilidade de no próprio feito de conhecimento combater – ou em alguns casos mesmo eliminar – o efeito danoso do tempo da marcha processual para o direito dos jurisdicionados. Da mesma forma, deu poderes aos magistrados a enfrentar o abuso do direito de defesa da parte ré, utilizado com vistas a protelar a certa derrocada final.

Sobre a antecipação de tutela do art. 273, I, escreve Antônio Cláudio da Costa Machado:

A inclusão da medida liminar antecipatória do art. 273, inciso I, para as obrigações em geral, e a do art. 461, §3º, para as obrigações de fazer ou não fazer, representa indubitável e concretamente a perspectiva de efetividade para o processo de rito comum. Em primeiro lugar pela eliminação do fator tempo como obstáculo de realização de justiça. Em segundo lugar pela extensão da tutela jurisdicional rápida para todos os direitos, o que significa acessibilidade conferida a quaisquer supostos titulares de direito à via antecipatória, tudo isso sem prejuízo à ampla atividade de provar que é assegurado pelo procedimento cognitivo comum.¹⁸

Logo adiante, sobre a previsão do art. 273, II, do CPC, escreve o mesmo autor que

resta salientar que também a antecipação de tutela fundada no inciso II do art. 273 ('abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu'), que jamais assumirá, por razões óbvias, a feição de providência liminar, representa instrumento de enorme potencialidade para tornar efetivo o processo de conhecimento. De um lado, porque tanto quanto a previsão do inciso I, antecipação neste caso é arma contra efeitos deletérios do tempo, mas, de outro – este sim mais importante –, porque moraliza o embate processual mediante o sancionamento severo da conduta desleal do réu. Em outros termos, o processo ganha em efetividade, pela antecipação da tutela, toda vez que o demandado, por sua atitude antiética e reprovável,¹⁹ tornar claro que o direito parece amparar a pretensão do autor.

Já a modalidade de tutela antecipada recentemente introduzida em nosso sistema pela Lei n. 10.444/02, que criou o §6º no art. 273, decorre da inexistência de controvérsia acerca de um dos pedidos do autor, quando houver vários cumulados. Possui esta espécie natureza distinta das anteriores, configurando-se uma verdadeira inovação no sistema que contribui, e muito, para a maior celeridade processual e conseqüente prestação jurisdicional efetiva. Nela não é possível se falar em uma tensão entre o princípio do contraditório e da efetividade processual, pois tal sorte de medida antecipatória só se realiza quando a parte contrária tem oportunidade de contraditar o pedido, mas não o faz. Entendemos, no entanto, que são ressalvados desta situação os casos em que não ocorre revelia, dada a similitude dos institutos, não sendo passível esta forma de antecipação, p. ex., contra a Fazenda Pública.

A tutela antecipada, exatamente por permitir uma mais profícua fruição pelo particular do provimento jurisdicional deve ser inserida no contexto de garantia fundamental, merecendo um disciplinamento que considere esta sua hierarquia superior.

Tanto assim que – em regra – não se admite a concessão de tutela de antecipação que seja irreversível, por ser *a priori* contrária ao princípio do contraditório e da ampla defesa. No entanto, por ser o direito a um provimento jurisdicional eficaz um direito fundamental tal qual o contraditório e a ampla defesa, é permitido que em alguns casos, mediante a ponderação destes dois princípios diante do caso concreto, se chegue à conclusão de que será proporcional e juridicamente válido se proferir decisão antecipatória irreversível.

Com efeito, repita-se, a tutela antecipada visa a conferir maior efetividade à prestação jurisdicional mediante uma medida de urgência, sem que haja ocorrido todos os atos decorrentes do contraditório e da ampla defesa. Por esta razão, se veda *a priori* a concessão de medidas irreversíveis pois estar-se-ia, para o caso concreto, simplesmente negando aplicação do contraditório e da ampla defesa. Porém, para aquelas situações em que so-

mente mediante uma decisão irreversível se garantiria a utilidade do provimento jurisdicional final surge um evidente choque de princípios, configurador de um *hard case*. É exemplo deste tipo de caso uma medida autorizando uma transfusão de sangue em uma criança cuja religião do pai não a permite.

Em nosso entender, bem vindas são as reais inovações em que consistem a tutela antecipada dos arts. 273, II, e §6º e 461, §3º. No entanto, no pertinente à antecipação de tutela do art. 273, I, ela consiste inovação tão só ao permitir a concessão de tal sorte de medida no próprio processo de conhecimento, pois, dada sua natureza cautelar, sempre pôde ser concedida em processo próprio (cautelar), o que é muito mais eficaz porque em processo específico todos os atos são voltados ao ato de concessão ou não da tutela cautelar, enquanto permitir sua concessão no processo de conhecimento atenta contra o princípio lógico de que falamos em item anterior, pois no mesmo conjunto de atos agora é possível se conceder duas formas de tutelas jurisdicionais autônomas, sem os tipos de cuidados existentes nos procedimentos especiais em que isto ocorre.

Sobre não consistir a tutela antecipada uma inteira inovação na ordem brasileira, escreve Teresa Arruda Alvim:

O fenômeno da antecipação de tutela não é propriamente novo no Direito brasileiro. Novidade é o disposto no art. 273, que em princípio estende a possibilidade de se anteciparem os efeitos do provimento jurisdicional final em todo o tipo de processo ou procedimento.

Embora conserve seu caráter excepcional, alteram-se, sem dúvida, de modo significativo, as dimensões desta excepcionalidade.

Antes já havia, porém, por exemplo, as ações possessórias, em que se antecipavam à parte, que demonstrava *fumus* os efeitos da sentença, prescindindo-se da prova de *periculum in mora*. Por meio das ações possessórias, diferentemente do que ocorre com as medidas de índole cautelar, não se protegem direitos que correm risco.

Outras medidas já havia no sistema positivo brasileiro, que, embora tivessem como pressuposto o *periculum in mora*, consistiam efetivamente no adiantamento da própria tutela. Tais já eram, de regra, embora não necessariamente, as liminares no mandado de segurança, na ação declaratória de inconstitucionalidade, na ação civil pública.

Para bem assentarmos essa afirmação, devemos dedicar algumas linhas especialmente voltadas a esclarecer a natureza cautelar da tutela antecipada do art. 273, I, do Código de Processo Civil, abordando as “distinções” que a doutrina aponta entre ambas, bem como para demonstrar que a fungibilidade entre cautelar e antecipação de tutela agravou ainda mais a ofensa perpetrada contra o princípio informativo lógico do processo.

5 CRÍTICAS À DISTINÇÃO ENTRE CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA E À LEI N. 10.444/02

Logo com a reforma de 1994, que criou a possibilidade de antecipação de tutela no próprio processo principal, a doutrina apressou-se em apresentá-la, em qualquer de suas feições, como instituto jurídico novo, sem qualquer previsão na ordem jurídica pretérita, o que – repita-se – só é verdadeiro em relação às antecipações tratadas no art. 273, inc. II e §6º, pois a tutela disciplinada no art. 273, I, nada mais é do que a cautelar antecipatória de que fazia referência Calamandrei já na sua obra de 1936.

Para aqueles que entendem ser a antecipação de tutela do art. 273, I, do CPC, um provimento cautelar, Luiz Guilherme Marinoni (“pai” do novo instituto) responde energicamente que “não é tutela cautelar porque esta deve limitar-se a assegurar a viabilidade de realização do direito afirmado”.²¹

O entendimento neste sentido angariou o apoio de expressivos nomes do direito processual brasileiro. Antônio Cláudio da Costa Machado²² apresenta o posicionamento de alguns expressivos nomes da doutrina nacional, como Nelson Nery Júnior:

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC, art. 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor).

As diferenças entre ambos os institutos apontados por essa corrente doutrinária podem ser sumariadas no seguinte quadro:

TUTELA ANTECIPADA	LIMINAR EM CAUTELAR
– tem o escopo de implementar desde logo efeitos práticos da sentença de procedência	– tem por finalidade conservar o estado das coisas até a superveniência do provimento definitivo
– ausência de autonomia processual	– existência de autonomia processual
– verossimilhança e irreversibilidade	– <i>fumus boni juris</i> e <i>periculum in mora</i>
– estatutividade	– conservatividade

Diante das distinções apontadas no quadro podemos tecer uma importante afirmação: existem diferenças entre cautelar e tutela antecipada, mas tais distinções são meramente acidentais, dizem respeito apenas a atributos, sendo que todos elementos essenciais da tutela cautelar (aquilo que pondo faz algo ser cautelar e retirado faz com que algo deixe de ser cautelar) estão presentes na tutela antecipada do art. 273, I, do CPC.

De fato, ousamos discordamos do ponto de vista dessa corrente doutrinária, que já pelos nomes dos que a defendem merece respeito. Não são essas diferenças acidentais que fazem surgir novo instituto, porquanto a essência cautelar não foi afetada.

A principal distinção apontada pela doutrina é ser a tutela antecipada a prestação *in limine* do próprio objetivo final do processo, enquanto a cautelar apenas conserva até o fim do processo as coisas no estado em que se encontram. Neste sentido, a tutela antecipada seria satisfativa, enquanto a cautelar seria conservativa. Assim, na antecipação de tutela o pedido liminar tem o mesmo teor do pedido final. Na cautelar não poderia haver tal sincronia.

No entanto, entendemos como Francesco P. Luisio no sentido de que a forma de se garantir o provimento final é irrelevante. Ademais, como dissemos, já em 1936, Calamandrei falava das cautelares que consistiam numa antecipação da decisão final. Escreve o mestre italiano:

A relação de instrumentalidade que, nos casos ora enumerados, vincula a providência provisória àquela principal é profundamente diferente daquela examinada nos dois grupos precedentes: enquanto nestas o procedimento cautelar não regula o mérito da relação substancial controversa, mas somente prepara os meios para auxiliar a formação ou a execução forçada da futura decisão do mérito, aqui, neste terceiro grupo, o procedimento cautelar consiste mesmo em uma decisão antecipada e provisória do mérito, destinada a durar até que a esse regulamento provisório da relação controversa não se sobreponha o regulamento estável obtido através do mais lento processo ordinário.

Há expressivos nomes da doutrina nacional que compartilham desse entendimento. Marcelo Lima Guerra, em obra de 1995, foi o primeiro a levantar sua valorosa pena contra a opinião da maioria. Escreve:

Percebe-se facilmente que o art. 273 arma o juiz de poderes para antecipar os efeitos da decisão final em situações bastantes diferentes, a saber: a) quando, diante da verossimilhança da alegação, houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inc. IX)...

De fato, na hipótese *sub (a)*, a antecipação, ali referida, é, sem dúvida, prestação de tutela cautelar (sob a forma de liminar) no

próprio processo principal. É que, nessa hipótese, a antecipação dos efeitos da decisão final tem função idêntica à de todas as medidas cautelares, a saber, a garantia do resultado útil (efetividade) da decisão final. Nessas situações, a antecipação prevista no art. 273 se faz, como se sabe, sob a forma de uma medida liminar, que em nada difere daquelas liminares de natureza cautelar que podem ser concedidas em Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, bem como ações fundadas no Código de Defesa do Consumidor.

É o que se pode facilmente se verificar tendo em vista os requisitos a que, nessa hipótese, está condicionada a prestação da liminar. Tais requisitos consistem, precisamente, nos mesmo aos quais se sujeita, de um modo geral, qualquer prestação de tutela cautelar, a saber, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ou ainda, na dicção do art. 273, a 'verossimilhança da alegação do autor' e o 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação', respectivamente.²⁴

José dos Santos Bedaque coloca seu ponto de vista respondendo intrigante pergunta. Escreve o autor:

Para quem não aceita a natureza cautelar da providência destinada a antecipar provisoriamente efeitos da tutela final, duas seriam as técnicas destinadas a resolver o conflito entre valores constitucionais igualmente relevantes: a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Mas, se ambas têm a mesma função no sistema e são estruturalmente provisórias, por que distingui-las? Inexiste razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares. A discussão acaba sendo meramente terminológica, pois temos duas categorias de tutelas não definitivas, destinadas ambas a evitar que o tempo necessário à segurança jurídica acabe tornando²⁵ inútil o resultado do processo, com denominações diversas.

No contexto constitucional em que hoje se encontra inserida a cautelar, sendo uma garantia fundamental, deve ser, conseqüentemente, permitida a utilização de toda e qualquer medida, desde que fática e juridicamente possível, para garantir a fruição pelas partes do devido processo legal, de uma decisão eficaz. Dentre esses meios possíveis sempre esteve a antecipação provisória dos efeitos da decisão final, posto nunca haver sido previsto qualquer sorte de proibição para tanto. O que havia era uma má compreensão, por parte da jurisprudência, do que viria a ser decisão satisfativa, irreversível e a contextualização de ambas no sistema processual.

A nosso ver a reforma de 1994, da maneira realizada, não tratou da melhor forma a questão, pois inseriu num mesmo processo de conhecimento duas

espécies de tutela jurisdicional, sem que para tanto tivesse o mesmo cuidado que o legislador teve no mandado de segurança, na ação civil pública ou não ação popular, em que o objeto processual é restrito e o rito é sumário, onde constam limitações inclusive acerca das provas que podem ser produzidas.

No caso, colocou-se no âmbito do processo ordinário de conhecimento – em que há ampla dilação probatória e o objeto pode ser amplo – criando-se mais um incidente, que pode, em muitas situações, atravancar a regular marcha processual.

A jurisprudência agravou ainda mais o problema reiterando seu erro: não permitir a prestação de uma medida antecipatória em processo específico, sumário e inteiramente estruturado e logicamente especializado para emitir decisões provisórias, com o fito de preservar provimentos outros, qual seja, o processo cautelar do Livro III do CPC.

Não bastasse isso, o legislador de 2002 prestou o maior desserviço ao Direito Processual Civil que já se teve notícia: permitiu a fungibilidade no processo de conhecimento entre uma medida cautelar e a antecipação de tutela, esvaziando completamente, ao menos no que pertine às cautelares inominadas, o contido no Livro III do CPC.

Pelo que se infere do labor do legislador de 2002, todos os termos daquela parte do CPC, com suas minúcias e preocupações que levou a estruturar um processo próprio para as cautelares inominadas, é inútil e despiciendo. Não é necessário processo próprio, basta uma decisão interlocutória, um incidente no feito principal para fazer aquilo que o legislador codificador de 1973 relegou a um conjunto inteiro de atos estruturado em contraditório. Nada mais absurdo e atécnico, em nosso entender.

É preciso reformar o Código de Processo Civil para explicitar que medidas cautelares, sejam conservativas ou antecipatórias, devem ser prestadas em processo próprio, em que, em atendimento ao princípio lógico informativo do processo, tenha todos os atos especializados para aquele fim, ressaltando as hipóteses em que há uma delimitação do objeto que permite uma profícua inclusão de vários provimentos em um único processo, como ocorre com o mandado de segurança, na ação civil pública ou na ação popular. Com isto, evita-se que no feito principal haja mais um incidente e de questão de relevância maior, pois é um incidente que tem por objeto a prestação de um provimento jurisdicional (cautelar) distinto daquele a ser prestado ao final e ao qual todos os demais atos processuais são voltados.

Por fim, outra recorrente distinção apontada entre cautelar e tutela antecipada diz respeito aos requisitos autorizadores, enquanto para aquela seriam os já conhecidos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, nesta seria a verossimilhança das alegações – aferível por prova inequívoca –, e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Portanto, os pressupostos para a concessão da tutela antecipada seriam mais rígidos que os da cautelar.

Em setores da doutrina, realmente há quem defenda um escalonamento quanto à probabilidade do direito alegado, variando, para alguns, da aparência, passando pela probabilidade e chegando à verossimilhança. Para outros a verossimilhança seria o juízo de probabilidade mínima, donde se percebe a imprecisão do termo na doutrina.

O legislador brasileiro utilizou o termo verossimilhança no sentido de probabilidade máxima do direito alegado pelo autor, porquanto relaciona-a com a prova inequívoca. No entanto, isto nada mais seria o *fumus boni iuris* clássico, cuja demonstração o legislador exigiu forma específica para demonstração, a saber, prova inequívoca. A exigência desta forma específica se justifica pelo fato de ser prestada no próprio processo principal, mediante decisão interlocutória, onde seria inconveniente uma dilação probatória específica para tanto, caso se intentasse demonstrar a aparência do direito por prova equívoca.

Interessante notar que o juízo sobre o que seria prova equívoca ou inequívoca é impossível de ser diferenciado do juízo realizado pelo magistrado para definir a fumaça do bom direito, o que finda por forçar a concluir não se poder apontar distinções objetivamente aferíveis dentre ambos. Neste sentido, Antônio Cláudio da Costa Machado escreve:

Contudo, não podemos deixar de chamar a atenção para o fato de que, independentemente do rótulo que se dê ao juízo sumário, e independentemente também da maior ou menor intensidade de convencimento que a lei exija do magistrado para a concessão de um particular provimento, toda e qualquer declaração do juiz no sentido da presença da verossimilhança e probabilidade ou aparência de direito é sinônima de declaração de *fumus boni iuris*.²⁶

Por sua vez, também não há que se falar em distinção essencial entre *periculum in mora* e perigo de dano irreversível ou de difícil reparação, porquanto ambos são espécies de danos marginais, ou seja, dano que a parte pode sofrer em razão da delonga para a prestação da tutela jurisdicional, o que a tornaria ineficaz e inútil.

Uma revisão do conceito de *periculum in mora* de Calamandrei reforça nosso modo de entender. Escreve ele:

o *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior *dano marginal*, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo. É a impossibilidade prática de acelerar a prolação do procedimento definitivo que faz surgir o interesse na emanação de uma medida

provisória; é a mora desse procedimento definitivo, considerada em si mesma como a possível causa de ulterior dano, que se provê a tornar preventivamente inócua com uma medida cautelar que antecipe provisoriamente os efeitos do procedimento definitivo. Assim, também quando no campo das relações substanciais a lesão do direito já ocorreu e o procedimento definitivo não pode ter então outro objetivo senão aquele reintegrativo, o procedimento cautelar tem em si próprio finalidade preventiva diante daquele agravamento do dano que, em acréscimo àquele produzido pelo culpado, poderia²⁷ derivar do inevitável prolongamento do processo ordinário.

Portanto, as distinções que podem ser apontadas entre cautelares e antecipatórias são meramente acidentais, não infirmando a essência cautelar desta quando conferida com fulcro no art. 273, I, do CPC. Daí ser mais conveniente que ambas são prestadas em processo próprio especificamente voltado com este fim e não como mero incidente no feito principal, razão pela qual consideramos reprovável a reforma realizada pela Lei n. 10.444/02, vez que esvaziou um dos livros do Código de Processo Civil, no referente a cautelares inominadas.

6 CONCLUSÕES

De todo o aqui exposto, exsurtem as seguintes conclusões:

a) a tutela jurisdicional, provocada pelo exercício do direito de ação e prestada mediante processo, é tida como instituto de direito constitucional de relevância incomensurável, pois além de ser o instrumento de pacificação social é meio de efetivação e garantia dos direitos fundamentais máximos de uma ordem jurídica, o que leva a caracterizar o profícuo acesso ao Judiciário um garantia fundamental;

b) na certeza de que uma justiça tardia corresponde a uma injustiça agravada e ainda uma ofensa à Constituição Federal, os poderes dos juízes para – de alguma forma – apressarem, preservarem ou até mesmo anteciparem os provimentos finais foram aumentados pelo labor pretoriano e legislativo;

c) a tutela antecipada e a tutela cautelar têm importante função no âmbito desta garantia ao provimento jurisdicional eficaz, pois garantem uma prestação jurisdicional final eficaz, tendo como especial razão de ser a urgência;

d) o critério *específico* para definir o provimento cautelar não é o mesmo para caracterizar o de conhecimento e executivo. Enquanto aqueles se diferenciam entre si pelo fim variar segundo a forma de se tutelar a situação substancial, a finalidade do provimento cautelar não é tutelar diretamente uma situação substancial, mas uma medida provisória com vistas a garantir que um outro provimento possa fazê-lo no futuro;

e) são características do provimento cautelar: 1) provisoriedade; 2) urgência; 3) acessoriedade; 4) preventividade; 5) sumariedade; 6) juízo pelo próprio magistrado acerca do *fumus boni juris* e *periculum in mora*;

f) as características (dados que definem a essência) da tutela cautelar são os indicados acima nos itens “1” a “6”. Qualquer outro dado é mero atributo, elemento acidental, plenamente irrelevante para definição de algum provimento como cautelar ou não. Por esta razão, estando presentes aquelas características, haverá cautelar, sendo irrelevante se o conteúdo da mesma é antecipatório ou conservativo;

g) bem-vindas são as reais inovações em que consistem a tutela antecipada dos arts. 273, II, e §6º e 461, §3º, do CPC. No entanto, no consistente à antecipação de tutela do art. 273, I, ela consiste inovação ao permitir a concessão de tal sorte de medida no próprio processo de conhecimento, pois, dada sua natureza cautelar, sempre pôde ser concedida em processo próprio, o que é muito mais eficaz porque em processo específico todos os atos são voltados ao ato de concessão ou não da tutela cautelar, enquanto permitir sua concessão no processo de conhecimento atenta contra o princípio lógico, pois no mesmo conjunto de atos agora é possível se conceder duas formas de tutelas jurisdicionais autônomas, sem os tipos de cuidados existentes nos procedimentos especiais em que isto ocorre;

h) existem diferenças entre cautelar e tutela antecipada, mas tais distinções são meramente acidentais, dizem respeito apenas a atributos, estando todos elementos essenciais da tutela cautelar (aquilo que pondo faz algo ser cautelar e retirado faz com que algo deixe de ser cautelar) estão presentes na tutela antecipada do art. 273, I, do CPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ALVIM, Teresa Arruda. *Da Liberdade do Juiz na Concessão de liminares e a tutela antecipatória*. In: Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Jurisdição constitucional das liberdades*. In: Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000.
- DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LUISIO, Francesco Piero. *Diritto processuale civile: i principi generali*. 3. ed. Milão: Giuffré, 2000.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Jurisdição constitucional das liberdades*. In: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.20.

² DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

³ BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.

⁴ LUISIO, Francesco Piero. *Diritto processuale civile: i principi generali*. 3. ed. Milano: Giuffré Editore, 2000, p. 10.

⁵ BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 222-223.

⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 12.

⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

⁸ PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla tutela cautelares nel processo civile*. Banca Antoniana di Padova e Trieste – Per Risolvere, insieme, i Vostri Problemi, p.110-112.

⁹ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 54.

¹⁰ CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 488.

¹¹ BUZAID, *op. cit.*, p. 224.

¹² BEDAQUE, *op. cit.*, p. 84.

¹³ CALAMANDREI, P. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000, p. 25.

¹⁴ *Id. Ibidem*, p. 31.

¹⁵ *Id. Ibidem.*, p. 35.

¹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 17-18.

¹⁷ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 202.

¹⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 40.

¹⁹ *Id. Ibidem*, p. 41.

²⁰ ALVIM, Teresa Arruda. *Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória*. In: Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1997, p. 535-536.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.139.

²² *Id. Ibidem*, p. 138.

²³ CALAMANDREI, *op. cit.*, p.65.

²⁴ GUERRA, *op. cit.*, p. 98.

²⁵ BEDAQUE, *op. cit.*, p. 299.

²⁶ MACHADO, *op. cit.*, p. 393.

²⁷ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 38.

ABSTRACT

The present article aims at tackling, through a critical analysis of doctrine, the issue of temporary legal measures existing in lawsuits conceived to protect the object of the lawsuit before its conclusion.

KEYWORDS

Urgent measures. Injunctive relief. Injunction. Temporary restraining order (TRO).

RÉSUMÉ

Ce travail a le propose de traiter les institutes de tutelle anticipatoire et “cautelar”, examinant leurs approches et distinctions, vers une analyse critique de la courant doctrine.

MOTS-CLÉS

Mesures d’urgence. Tutelle anticipatoire. Tutelles d’urgence.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

Nestor Eduardo Araruna Santiago*

1 Importância da prova no processo penal. 2 *Nemo tenetur se detegere*: o direito de não se incriminar x o direito de fiscalizar. 3 Provas ilícitas. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO

Baseado em opiniões doutrinárias, o autor traça algumas idéias sobre a importância e obtenção da prova no processo penal dos crimes tributários, analisando, sobretudo, o direito de não se incriminar, a atividade fiscalizatória e a prova ilícita.

PALAVRAS-CHAVE

Prova. Processo Penal. Crime tributário. *Nemo tenetur se detegere*. Provas ilícitas. Devido processo legal.

1 IMPORTÂNCIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Para o julgamento da ação penal e em obediência ao devido processo legal, é necessário que prevaleçam no processo o princípio do contraditório e da ampla defesa, com a supervisão do juiz constitucionalmente competente, que irá analisar todo o material colhido pelas partes e com base neles irá proferir a decisão.

Dá a importância da prova, que tem como finalidade proporcionar ao juiz a convicção segura de certeza da realização dos fatos alegados no plano material.

Como disse Afrânio Silva Jardim,

a realidade nos mostra que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do acusado, motivo pelo que, antes mesmo do legislador ordinário, deve a Constituição Federal inadmitir expressamente qualquer ação penal que não venha lastreada em um suporte probatório mínimo.

Assim, no devido processo legal encontra-se o direito à prova, que se liga também aos direitos de ação e defesa e também à atividade jurisdicional. É interessante notar que mesmo havendo diferentes sistemas de direito processual penal, em todos se assegura ao juiz a sua efetiva participação na

* Professor 40 horas do Curso de Direito da Faculdade Christus. Professor do Curso de Direito da Faculdade Integrada do Ceará. Especialista e Mestre em Ciências Penais e Doutorando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

produção da prova, que tem como objetivo a garantia das partes a um processo penal justo.

O direito à prova, contudo, nunca pode ser considerado absoluto, pois está sujeito a diversas limitações de ordem legal e/ou constitucional, mas deve ser garantido.

A prova também está intimamente ligada ao princípio da presunção do estado de inocência. Se a pretensão acusatória não for suficientemente comprovada, entra em vigor o princípio *in dubio pro reo*, ou seja, no caso de insuficiência probatória o juiz deve decidir a favor do réu, em respeito àquele princípio e também ao devido processo legal penal.

Nesse sentido é primorosa a lição de Maria Lúcia Karam:

Pode-se conceituar a prova como um instrumento de demonstração da veracidade de afirmações feitas a propósito da ocorrência ou da inoocorrência de fatos, em que alegadamente fundamentada uma pretensão exposta no processo, de modo que o juiz, formando seu convencimento, esteja apto a resolver as questões àqueles relativas (isto é, as questões de fato), sobre as quais controverteram as partes. Assim entendida a prova, é fácil perceber que a distribuição do ônus a ela relativo, tanto no processo penal como no processo civil, deverá partir da premissa de que é sobre a parte que alega um direito que irá recair a incumbência de demonstrar a existência dos fatos dos quais o pretende fazer derivar. [...]

Na reconstituição dos fatos, na busca de aproximação da realidade, não será incomum, assim, que subsistam dúvidas de maior ou menor intensidade sobre o real, muitas vezes defeituosa, limitada ou insuficientemente reproduzido. Na prevalência do princípio de que, mesmo no caso de dúvidas invencíveis, não é lícito ao juiz eximir-se do dever de decidir a causa, faz-se, então, necessário que a lei estabeleça regras que indiquem qual das partes deverá sofrer as conseqüências da insuficiência probatória, motivadora da subsistência da dúvida, de modo que, a partir destas regras, esteja o juiz, assim mesmo, apto a decidir.

Assim, a questão do ônus da prova resolve-se, no processo penal, de forma diferente da questão do processo civil. Não há que falar em “verdade formal” e “verdade real”, pois tanto numa quanto noutra há falta de espírito crítico para observar que a verdade é aquela que interessa ao processo, sem adjetivações, mas com limitações para atender a outros valores tão dignos quanto a verdade, sem que isso se torne violação ao devido processo legal.

O mais importante, porém, é desmistificar a afirmação de que a acusação deve provar somente a autoria e a tipicidade, porque haveria presunção da ilicitude e culpabilidade, e a defesa, as causas excludentes da ilicitude

e/ou da culpabilidade. Não:

Nada há, portanto, a se presumir, diante da comprovação da prática de uma conduta penalmente típica. Feita esta comprovação, tem ainda o autor da ação penal condenatória o ônus de comprovar, isto é, de afastar quaisquer dúvidas quanto aos fatos demonstrativos de que aquela conduta se realizou em circunstâncias reveladores de sua antijuridicidade e da culpabilidade de quem a praticou, para só assim poder ver afirmada a procedência do pedido de condenação formulado. O ordinário, o comum, as supostas generalidades não encontram espaço na ação penal condenatória, até porque se cuida, em matéria penal, de condutas individualizadas, que, ao contrário, dizem respeito ao particular, ao concreto, podendo sempre acabar se revelando inusitadas, extraordinárias ou incomuns.

Como bem ensina Andreas Eisele, no mesmo diapasão de Maria Lúcia Karam,

no âmbito dos crimes contra a ordem tributária de cunho material, a acusação deve comprovar a ocorrência efetiva do fato imponível de natureza tributária (o que equivale à situação fática que gerou a obrigação tributária), com suas características de tipicidade penal (ou seja, a forma mediante a qual foi praticada a conduta), e a inadimplência decorrente do comportamento do sujeito (não pagamento da prestação que configura o objeto da obrigação).

Para a demonstração da ocorrência do delito, o crédito tributário decorrente da obrigação não será objeto fundamental da prova, porque este configura uma consequência não essencial do fato típico, situando-se além da consumação do delito, ou seja, na esfera do seu exaurimento (importando apenas para fins de cálculo da pena eventualmente imposta em ulterior condenação, quando da aferição das consequências do fato).⁴

2 NEMO TENETUR SE DETEGERE: O DIREITO HUMANO DE NÃO SE INCRIMINAR X DIREITO DE FISCALIZAR

Corolário ao direito à prova no processo penal é o direito de não cooperar na própria incriminação, de acordo com a leitura ampla do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”). Tal direito, que se constitui em cláusula pética, tem ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no inciso III do art. 1º da nossa Constituição Federal, e está em estreita consonância com os mais modernos diplomas legislativos internacionais, que também fazem parte de nossa legislação, como determina o § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, tais como o Pacto Internacional dos Direitos

Civis e Políticos (art. 14, 3, g) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º, 2, g).

Necessário o ensinamento de Antônio Magalhães Gomes Filho:

Embora aludido ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5º, inc. LVII, CF e ainda, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, § 2º), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação. Em decorrência disso, são incompatíveis com os referidos textos quaisquer disposições legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, acusado ou mesmo qualquer pessoa (inclusive a testemunha) a uma auto-incriminação. [...]

De qualquer modo – e isso é o que interessa ao presente estudo – o direito à não auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional.⁵

O direito a não cooperar na própria incriminação (*nemo tenetur se detegere*) tem reflexos também na seara dos crimes tributários. A grande discussão que existe sobre o tema baseia-se no direito de fiscalização tributária e seu contraponto no direito constitucional ao silêncio. Posições dos dois lados têm argumentos vigorosos a sustentar sua tese, mas desde já se estabelece que somente o direito ao silêncio nos crimes tributários é que garante com maior segurança o devido processo legal penal tributário.⁶

Há vários diplomas normativos que impõem ao contribuinte (e o sonegador o é) o dever de colaborar com a fiscalização. Dentre eles, ressalta-se o art. 195 do Código Tributário Nacional:

Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

A obrigação de exibir livros, portanto, nos termos do artigo citado, estende-se tanto aos obrigatórios quanto aos não-obrigatórios. Evidente-

mente, não pode o fiscal exigir a apresentação de um livro não obrigatório que o comerciante não adote, sob pena de incorrer em crime funcional.

Então,

se a autoridade fiscal tem o poder (dever-poder) de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (no singular), não parece lógico que ele tenha o direito de se recusar a prestar informações à autoridade fiscal sobre seu patrimônio, rendimentos e atividades econômicas, sendo compatível, portanto, com a Constituição de 1988, o art. 195 do Código Tributário Nacional.

No parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90 está previsto que “a falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de dez dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V”. Tem-se, assim, um tipo especial em relação ao previsto no art. 330 do Código Penal, que trata do crime de desobediência (“desobedecer a ordem legal de funcionário público”).⁸

Parece haver uma “dupla inconstitucionalidade” nesse dispositivo: em primeiro lugar, por questões já reveladas quanto ao princípio da legalidade, já mencionadas no capítulo primeiro desta tese. Em segundo lugar, por desprezar o direito humano de não auto-incriminação, estampado no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988. Esse direito é repetido no art. 23, III, do Código Penal, e se revela em exercício regular do direito, isto é, o direito de não se ver incriminado por declarações prestadas pelo próprio agente do fato supostamente típico, ilícito e culpável.

Essa também é a posição de Heloísa Estellita Salomão:

Pode-se ver no exercício regular de um direito humano de hierarquia constitucional a escusa apropriada à recusa em cumprir deveres fiscais que conduzam à auto-incriminação. É o que preconiza Pedroso: ‘*Prima facie*, portanto, acobertado pelo exercício regular de um direito estará qualquer fato típico que o réu efetive em sua defesa. Note-se, entretanto, que a *irregularidade* no exercício, *id est*, o abuso ou excesso deslocarão o lícito abstrata para o domínio da ilicitude’.

Chama a autora atenção para o fato de que o contribuinte, apesar de ter o dever de informar, tem também o direito de não informar, ou informar incorretamente à administração tributária, constituindo essas atividades como exercício regular do direito; não criminosas, portanto. Ressalta, ainda, que

[...] a negativa do contribuinte não gera prejuízo à Fazenda Pública na medida em que poderá ser calculado o valor do tributo

devido por arbitramento, Nesse sentido, a letra do art. 148 do CTN. Não poderá, porém, ser imposta nenhuma penalidade de cunho fiscal pela recusa ou omissão em fornecer tais informações, já que se trata do exercício de um direito humano de hierarquia constitucional.¹⁰

Assim, é bastante coerente com o direito ao silêncio do contribuinte esse entendimento aqui esposado, que vem reforçar a fé no devido processo legal: o princípio da verdade real, aqui, cede espaço para o direito constitucional de não auto-incriminação, mas não impede o direito legítimo de a administração conseguir provas da culpabilidade do agente, desde que em obediência aos princípios gerais do devido processo. O direito à fiscalização tributária, estampada em vários dispositivos legais, esbarra frontalmente com o direito ao silêncio, que nada mais é do que o direito de não se incriminar. A leitura do art. 195 do CTN e demais dispositivos legais autorizadores do direito de fiscalizar deve ser feita, dessa forma, em direto cotejo com a Constituição Federal, guardiã dos direitos humanos do cidadão, do qual o devido processo legal faz parte indissociável.

3 PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS

Outro aspecto interessante e que merece ser ressaltado, por ser corolário ao devido processo legal penal tributário, refere-se à impossibilidade de utilização da prova obtida por meios ilícitos no processo penal tributário, por ser violentadora daquela garantia.

Como bem lembra Antônio Magalhães Gomes Filho,

o campo das proibições de prova relacionados à tutela de valores estranhos à economia interna do processo é vastíssimo, revelando que o objetivo de apuração da verdade processual deve conviver com os demais interesses dignos de proteção pela ordem jurídica. [...].

Especialmente na área criminal, em que se cuida de restaurar a ordem violada pelo delito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e,¹¹ em consequência, a legitimação de todo o sistema punitivo.

Adauto Suannes trata o tema da prova ilícita sob o aspecto ético e ensina:

A expressão 'provas eticamente inadmissíveis parece-nos expressar mais adequadamente a reação das mentes bem formadas a certos

procedimentos que, em juízo ou fora dele, viciam a colheita da prova, pois sua aceitação implicaria, em última análise, em permitir o julgador que o Estado faça (ou fazer ele mesmo) justamente aquilo que, por haver sido cometido pelo particular, deu ensejo à investigação ou à ação penal de que se cuida. [...]

A descuidada afirmação de que o processo penal deve perseguir intransigentemente a verdade real tem sido responsável por inúmeras deformações do processo, com afirmações e decisões descabidas, que desconsideram o longo caminho do *due process of law*.

Então, é forçoso concluir que o *due process of law* tem um fundamento muito mais ético que jurídico, e esse pensamento deve permear toda e qualquer ação penal, principalmente porque ela é o meio processualmente válido para restringir os direitos do cidadão, notadamente a liberdade.

Situação comum é aquela em que, por meio de procedimento fiscal regular, haja apreensão de documentos comprobatórios de prática de crime tributário. Nesse caso, houve a atuação do fiscal que, no seu mister, foi ao encontro de provas incriminadoras e que, portanto, são lícitas, não havendo o que se questionar a respeito de sua atuação. Assim, essa prova pode ser validamente utilizada no processo penal tributário sem que haja ofensa ao devido processo legal. O contraditório poderá ser corretamente exercido, assim como a defesa, que será sempre ampla.

Entretanto, nem sempre a materialidade do crime contra a ordem tributária é apurada sem que haja violação do devido processo legal penal tributário. Heloísa Estellita Salomão tem pensamento interessante sobre o assunto:

Forma comum de obtenção das provas, nestes crimes, é através do acesso dos agentes fiscais aos recintos dos estabelecimentos contribuintes onde ficam alojados os documentos contábeis, fiscais e, eventualmente, pessoais. Há, inclusive, a utilização de um documento, denominado ‘termo de início de fiscalização’, no qual se encontra uma cláusula advertindo que o contribuinte terá o ‘dever de permitir o acesso irrestrito dos agentes fiscais às dependências da empresa’.

Ora, diante do direito humano de não cooperar na própria incriminação e da garantia de inviolabilidade do domicílio, é questionável se os agentes fiscais podem, sem o consentimento do responsável ou em sua ausência, e, sem mandado judicial, adentrar no estabelecimento contribuinte e apreender os documentos que ali encontrarem.

Pensamos que tal proceder não é mais possível após a consagração constitucional do *nemo tenetur se detegere* e da proteção à inviolabilidade do domicílio, se deflagrado, as provas assim obtidas o serão por meio ilícito.

Parece bastante justificável a posição da autora. Ora, se há indícios de realização de crime tributário, o acesso do agente fiscal para a obtenção de elementos comprobatórios da materialidade e/ou autoria somente pode ser feito mediante autorização judicial, pois trata-se de procedimento próprio de busca e apreensão no domicílio ou em local onde se exerce profissão ou atividade, disciplinado pelo art. 240 do Código de Processo Penal e que encontra repetição no texto constitucional: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (art. 5º, XI, CF/88).

A prova colhida nessa situação é flagrantemente ilícita, e como garantia do devido processo legal, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI, CF/88).

Há projeto de lei tramitando no Congresso Nacional em que se sugere a modificação da redação do art. 157 do Código de Processo Penal, de forma a sacramentar na lei ordinária aquilo que a Constituição Federal já garante aos cidadãos há mais de 15 anos. O interessante em sua nova redação é o afastamento do processo do juiz que tiver contato com a prova declarada ilícita. É evidente a preocupação do legislador com o devido processo legal penal, observando que a verdade real deve ceder lugar a princípios éticos na descoberta da verdade processual, que deve ser uma verdade juridicamente válida.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais.

§ 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

§ 2º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.

§ 3º. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença.¹⁴

4 CONCLUSÃO

“Contra fatos não há argumentos”, diz o ditado popular. Poderia ser acrescentado: “contra fatos provados não há argumentos”. Isto porque a prova, no Processo Penal, adquire contornos importantíssimos, uma vez que sem ela não há como se falar em crime. A existência do fato depende diretamente da existência da prova.

Esta prova, por sua vez, deve ser obtida em total respeito aos ditames constitucionais, sob pena de trazer para o processo nulidade absoluta. Assim,

desde já fica garantido, nas lides processuais penais-tributárias, o direito de o contribuinte se manter em silêncio, de modo que não se denuncie pela prática de eventual sonegação que tenha praticado. Na obtenção da prova, por sua vez, o Fisco deve agir sempre nos limites constitucionais, a fim de que a prova carreada aos autos não seja imprestável, por ser ilícita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KARAM, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 35, p. 55-73, jan./mar. 2000.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. O tipo penal do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90: uma interpretação à luz dos princípios da legalidade e da proporcionalidade. Disponível em <http://www.ibbcrim.org.br>.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. Dever de colaboração do contribuinte e *nemo tenetur se detegere*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 88, p. 38-43, jan. 2003.

_____. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano VII, n. 26, p. 129-42, out./dez. 1998.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Administração tributária. In: *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SUANNES, Adauto. Provas eticamente inadmissíveis em processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 31, p. 82-101, jan./mar. 1999.

¹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 313.

² KARAM, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 35, p. 55-7. No mesmo sentido, cf. JARDIM, *op. cit.*, p. 208-214, *passim*.

³ *Id. Ibidem*, p. 71.

⁴ EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 249.

⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 113-114.

⁶ O tema é polêmico, apesar de os tribunais serem mais simpáticos à tese da realização do direito constitucional ao silêncio que a prevalência do dever tributário de informar. Recomenda-se, por todas as opiniões, a leitura da obra *Crimes contra a ordem tributária*, organizada por Ives Gandra da Silva Martins e publicada pela editora Revista dos Tribunais. Nela encontram-se várias opiniões a favor e contra a realização do referido direito constitucional. Vários juristas do campo tributário e penal foram consultados com a seguinte pergunta: “Pode o sujeito passivo da relação tributária, sob a proteção do inc. LXIII do art. 5º da CF negar-se a prestar aos agentes fiscais informações sobre questões que possam incriminá-lo?” As respostas foram as mais variadas possíveis, e no XX Simpósio de Direito Tributário, elas foram reunidas e condensadas por comissões formadas pelos mesmos juristas. Majoritariamente, considerou-se que “pode o sujeito passivo da relação tributária, sob o amparo do art. 5º da LXIII da CF negar-se a prestar aos agentes fiscais informações sobre questões que possam incriminá-lo. Note-se que a parte final do art. 186 do CPP não foi recepcionado pela CF e o parágrafo único do art. 1º da Lei 8.137/90 não se aplica nesta hipótese”. As opiniões minoritárias têm um traço em comum: desconsideram o direito ao silêncio no âmbito administrativo-fiscal. Em última análise, a Constituição Federal não tem alcance no procedimento administrativo-fiscal, segundo a opinião deles. Numa delas, entende-se que o direito ao silêncio somente deverá ser exercido após a prisão ou indiciamento (o que é rematado absurdo).

⁷ SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Administração tributária. In: *Comentários ao código tributário nacional*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 490.

⁸ Nesse sentido, cf. SALOMÃO, Heloísa Estellita. Dever de colaboração do contribuinte e *nemo tenetur se detegere*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 88, jan. 2003, p. 39; ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *O tipo penal do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90: uma interpretação à luz dos princípios da legalidade e da proporcionalidade*. Disponível em <http://www.ibbcrim.org.br>.

⁹ *Id.* O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano VII, n. 26, p. 135. Cf. também, da própria autora, inclusive com menções ao direito estrangeiro: Dever de colaboração do contribuinte e *nemo tenetur se detegere*, *cit.*, p. 38-45, jan. 2003.

¹⁰ SALOMÃO, Heloísa Estellita. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária, *cit.*, p. 135-136.

¹¹ GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 98-99.

¹² SUANNES, Adauto. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 31, out./dez. 1998, p. 82-85, *passim*.

¹³ SALOMÃO, *op. cit.*, p. 135.

¹⁴ *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano IX, n. 33, p. 329, jul./set. 1999.

ABSTRACT

Based on views extracted from legal doctrine, the author outlines some ideas on the obtention of evidence in criminal prosecution in tax-related crimes and the relevance of proofs, mainly analyzing the right to prevent self-incrimination, the controlling activity and illicit evidence.

KEYWORDS

Evidence. Criminal Prosecution. Tax Crime. *Nemo tenetur se detegere*. Illicit evidence. Due process of law.

A INVOCAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

*Raquel Cavalcanti Ramos Machado**

1 Introdução. 2 Interesse público 2.1 Interesse público e interesse do Estado. 2.2 Interesse público e Estado Social. 3 Princípio da prevalência do interesse público sobre o particular. 3.1 Princípios, regras jurídicas, interesse público e a técnica do sopesamento. 3.2 Princípio da prevalência do interesse público e sopesamento de princípios. 4 Conclusão.

RESUMO

A autora analisa de forma sucinta a impossibilidade de se invocar genericamente o interesse público como fundamento para o desrespeito de direitos fundamentais do contribuinte.

PALAVRAS-CHAVE

Interesse público. Princípios. Sopesamento. Tributação.

1 INTRODUÇÃO

Observa-se nos últimos tempos uma crescente invocação do princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, ou mesmo só do interesse público, na solução de problemas de Direito Tributário, tanto materiais, como processuais.

Com efeito, medidas processuais em favor da Fazenda Pública são aceitas ao fundamento de que a prevalência do interesse público as autoriza:

TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. INSTÂNCIA ESPECIAL. RECURSO HIERÁRQUICO. INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. 1 . O recurso hierárquico em benefício da Fazenda Pública, desde que previsto em lei, não viola a Constituição Federal, notadamente os princípios da isonomia e do devido processo legal. 2 . A lei processual criada em favor da Fazenda não rompe o equilíbrio entre as partes, face a prevalência da supremacia do interesse público ao privado, instituída na Lei Maior. 3 . Recurso ordinário a que se nega provimento.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

* Advogada em Fortaleza-CE. Membro do Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET. Membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE.

1. A presunção de legitimidade do crédito tributário, a supremacia do interesse público e o princípio de que a execução por quantia certa deve ser levada a efeito em benefício do credor, justificam a penhora sobre o faturamento, no módico percentual de 5% (cinco por cento) à míngua de outros bens penhoráveis.
2. O patrimônio de uma sociedade é servil a suas obrigações, notadamente a tributária, que é *ex lege*, e destinada a receita pública, cuja função é satisfazer as necessidades coletivas.

Do mesmo modo, por vezes convalidam-se inválidas exigências tributárias também mediante a invocação do interesse público. Como exemplo, tem-se o julgado do Supremo Tribunal Federal, que para a perplexidade da maioria da comunidade jurídica, negou o direito do contribuinte à restituição da diferença do ICMS recolhido por substituição tributária “para frente”, nas hipóteses em que o preço final é inferior ao previsto na antecipação:

[...] O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo à restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação...

Essa invocação do interesse público, demasiadamente ampla, longe de coadunar-se com o ordenamento jurídico, implica insegurança e muitas vezes autoriza atitudes arbitrárias do Estado. Em consequência, acarreta a diminuição do âmbito de eficácia dos direitos individuais, conquistados a tão duras penas ao longo da História, trazendo ainda grandes prejuízos para a Ciência do Direito Tributário.

Na verdade, somente uma noção distorcida sobre o conceito de interesse público e sobre o significado do princípio da prevalência do interesse público sobre o particular justifica essa invocação.

É na tentativa de demonstrar essa distorção – e afastá-la – que se desenvolve o presente estudo.

2 INTERESSE PÚBLICO

O maior equívoco em relação ao interesse público está em confundilo com o interesse do Estado, sendo certo que tal equívoco vem agravando-se em face da idéia do Estado Social, que, pelo menos no plano teórico, age sempre em nome do povo e baseia-se na solidariedade. Assim, afirma-se

que, por conta do interesse público, os cidadãos em geral teriam de “abdicar” de alguns direitos individuais para o bem da coletividade.

Esse raciocínio, por exemplo, é invocado por aqueles que defendem a constitucionalidade da quebra do sigilo bancário diretamente pela Receita Federal, independentemente de autorização judicial, e por aqueles que invocam o princípio da capacidade contributiva como justificativa para a tributação de fatos não previstos em lei (interpretação distorcida da chamada norma anti-elisão).

Essa noção sobre o interesse público contém dois equívocos. Um é o elementar de confundir interesse do povo com interesse do Estado. O outro é o de imaginar que, no Estado Social, deve-se abrir mão de direitos individuais – conquistados ao longo do processo de democratização da sociedade – como se a mera imposição de deveres positivos ao Poder Público o impedisse de realizar as arbitrariedades que justificaram a proteção constitucional dos direitos individuais.

2.1 Interesse público e interesse do Estado

As pessoas que confundem interesse público e interesse do Estado ignoram, ou por inocência ou por malícia, o fenômeno da deturpação do poder.

É certo que, no plano do “dever ser”, o Estado, por meio do seu governante, deve sempre agir de acordo com a vontade do povo consubstanciada na Constituição. Ocorre que também é certo que, no plano do “ser”, muitas vezes, os governantes, apesar de agirem em nome do Estado, ignoram a Norma Suprema. A propósito, bastante pertinente é a observação de Gilmar Mendes, que afirma:

A experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica. É por isso que, tal como apontado por Peter Schneider, o Estado de Direito caracteriza-se, ao contrário de um sistema ditatorial, pela admissão de que o Estado também pratica ilícitos.

Foi levando em consideração essa possibilidade de deturpação do poder que a melhor doutrina administrativista, ao conceituar o interesse público, dividiu-o em duas categorias, quais sejam, o interesse público primário e o interesse público secundário.

Interesse público primário é aquele relacionado de modo imediato com as necessidades do povo, como educação, saúde, moradia, etc. Interesse público secundário diz respeito ao uso dos meios necessários à realização

desses anseios do povo, tais como a arrecadação de tributos. E esses meios somente podem ser considerados como “interesse público” quando efetivamente utilizados para o alcance do interesse público primário, e ainda assim quando forem validamente instituídos.

Nesse ponto, é de se observar que, na discussão sobre a validade de uma exigência tributária qualquer – com exceção das relacionadas com contribuições – não se perquire sobre o destino da arrecadação tributária. Assim, como não se pode verificar a efetiva destinação da arrecadação para a realização do interesse público primário, a invocação do interesse público é indevida.

Além disso, mesmo em relação às exigências tributárias em que importa analisar o destino da arrecadação, como, por exemplo, quando se discute a validade de contribuições, não se pode invocar o interesse público. Isso porque, ainda que determinada contribuição tenha sido validamente criada, a mera previsão legal de que o valor arrecadado com essa contribuição será destinado para a realização de alguma finalidade que seja do interesse público primário não garante que assim o seja na prática; logo, não garante que a cobrança da contribuição discutida realize efetivamente o interesse público.

De todo modo, nesse ponto, é de ser feita outra observação. Ainda que no exame da validade de um tributo seja examinado e comprovado que o tributo questionado é efetivamente destinado à realização do interesse público primário, não se poderá afirmar que esse tributo realiza o interesse público se sua criação não tiver respeitado as exigências formais e materiais contidas na Constituição e nas leis com ela compatíveis. Isso porque, em um Estado de Direito, os fins não justificam os meios. Aliás, é o próprio interesse público primário (liberdade do cidadão) que autoriza o controle da legalidade dos atos do Estado, atos que englobam a elaboração de leis e a realização de lançamentos tributários. Bastante pertinente é a conclusão de James Marins sobre o assunto:

[...] não é lícito ao Estado pretender impingir derrotas ao direito subjetivo individual do cidadão contribuinte sob o pálio da defesa do interesse público ou do bem comum. Concretamente podemos afirmar que certas garantias que assistem o contribuinte alcançam relevo tal que não podem ser sobrepujadas pelo sofisma consistente em afirmar-se o caráter de interesse público da arrecadação tributária.

Por conta disso é que Hugo de Brito Machado assevera:

Alguns afirmam prontamente que pagar tributo é um dever de solidariedade social, e que a finalidade do Direito Tributário é viabilizar para o Estado os recursos financeiros dos quais necessita para alcançar seus objetivos. Confundem, como se vê, uma relação meramente social com uma relação jurídica, e confundem

a finalidade do tributo com a finalidade do Direito Tributário – o que nos leva a concluir que essas duas questões fundamentais ainda estão a merecer nossa reflexão e nosso esforço no sentido de espancar um desastroso equívoco.

É certo que temos de admitir o tributo como instrumento da solidariedade social, até porque esta deve ser o fundamento da própria instituição do Estado. Isto, porém, não quer dizer que a relação tributária seja simplesmente uma relação social, e o dever de pagar o tributo seja um dever de solidariedade. Uma vez estruturado o Estado, instituída a ordem jurídica e com esta delimitado o dever de tributar, o dever de pagar tributo já não será simplesmente um dever de solidariedade social. Sua existência passa a depender da lei e sua dimensão há de ser nesta definida. Elaborada a lei, com a delimitação da relação tributária, o dever de pagar tributo passa a ser um dever jurídico, cujo adimplemento independe do sentimento de solidariedade do sujeito passivo daquela relação.

Dessa última observação decorrem importantes implicações práticas, quanto à invalidade da invocação do interesse público em matéria tributária.

Como o interesse público maior em um Estado de Direito é a sujeição do Estado às normas constitucionais e às demais normas com ela compatíveis, se o Poder Público quiser demonstrar que o ato por ele realizado é do interesse público deve, em verdade, invocar diretamente as normas válidas do ordenamento aplicáveis ao caso. Por conta disso, a invocação genérica do “interesse público” ou será inútil – nos casos em que a simples invocação da Constituição e das demais normas já autorize a prática do ato realizado pelo Poder Público – ou será inválida, e estará sendo utilizada como artifício de retórica para encobrir a violação ao ordenamento jurídico.

Assim, por exemplo, em uma ação judicial na qual se requer a tutela antecipada para suspender a exigibilidade de um tributo, não se pode invocar o interesse público para indeferir-la; importa, sim, e tão somente, examinar a presença dos requisitos legais necessários à sua concessão. O mesmo deve ocorrer em relação ao exame de validade de qualquer outra faceta da relação tributária, momento no qual não cabe a invocação do interesse público.

2.2 Interesse público e Estado Social

Quanto à idéia de que o interesse público, interpretado à luz do Estado Social, autoriza a diminuição ou a relativização de alguns direitos e garantias do cidadão, a mesma, como dito, também é equivocada. E essa errada noção deve-se, em regra, ao uso não refletido/adequado da afirmação segundo a qual, no Estado Social, em face do princípio da igualdade e da solidariedade, tais direitos não podem ser entendidos de modo absoluto. Assim,

por exemplo, considerando o direito ao sigilo de dados, como o mesmo não é absoluto, independentemente de autorização judicial, a Fazenda Pública teria direito de quebrá-lo para investigar a idoneidade das declarações do contribuinte (LC n. 105/01).

Esse raciocínio, em verdade, é um sofisma.

Realmente, os direitos individuais não são absolutos e podem ser relativizados. Tal fato, porém, não autoriza a flexibilização desses direitos frente ao Poder Executivo. Isso porque a igualdade e a solidariedade implicam tão somente a flexibilização de direitos individuais de um cidadão frente a outro, como meio de garantir que todos os cidadãos gozem efetivamente dos direitos individuais assegurados desde os primeiros modelos de constituição do estado moderno. Por outro lado, representando o Estado Social um meio para assegurar a eficácia dos direitos individuais a todos os cidadãos, não poderia amesquinhá-los, notadamente no que diz respeito às garantias negativas frente ao Estado, razão maior da positivação dos direitos individuais.⁷

Em relação ao sigilo bancário, por exemplo, por mais que se autorizem as quebras, nos casos em que existem fortes indícios de sonegação, com fundamento no princípio da isonomia (que não permite que dois contribuintes com a mesma capacidade contributiva e regulamentados pela mesma lei previsor do fato gerador sejam tratados de modo diverso), não se pode aceitar que a Fazenda invoque o interesse público “interpretado à luz do Estado Social” para realizar ela própria a quebra, sem submeter a questão ao Poder Judiciário. Isso porque a única diferença que existe entre a quebra do sigilo submetido à apreciação do Poder Judiciário e a quebra feita diretamente pela Fazenda Pública é o aumento de poder que, neste último caso, estaria sendo dado ao Poder Executivo. Esse aumento de poder, quando o mesmo resultado pode ser obtido com o controle jurisdicional da legalidade dos atos administrativos, não guarda qualquer relação com a efetividade do Estado Social; implica, em verdade, e tão somente, em retrocesso histórico.

O mesmo ocorre em relação à norma anti-elisão. Há quem afirme que o interesse público, interpretado à luz do Estado Social, autoriza a desconsideração, pelo Fisco, da forma de alguns fatos jurídicos para permitir a tributação dos mesmos, uma vez que o que se deve levar em consideração é a relevância econômica desse fato. Ora, nesse caso, como na situação relativa à quebra do sigilo bancário antes referida, a autorização ao Fisco para desconsiderar a forma de alguns fatos jurídicos visa a uma finalidade (tributar todos os fatos que revelem capacidade econômica) que pode ser alcançada por outros meios que não desprezam o direito do cidadão de somente ser obrigado a recolher tributo mediante previsão legal. Com efeito, é do Estado o poder de criar leis. Assim, se o Poder Público vislumbra que alguma situação economicamente relevante não está sendo tributada, pode criar lei que a tribute, e é o que tem feito constantemente – o que aumenta-

rá a arrecadação (possível interesse público secundário) sem desprezo à segurança jurídica do cidadão (interesse público primário). A autorização, portanto, para se desconsiderar a forma de negócios jurídicos não guarda relação com o Estado Social e, em verdade, implica tão somente aumento do poder do Estado, com possível desprezo pela segurança jurídica e pela regra da legalidade⁸.

O interesse público, portanto, somente pode ser invocado em matéria tributária, no máximo, para autorizar a criação de tributos e permitir a exigência do crédito tributário nos exatos e estritos termos da lei e da Constituição, com respeito a todas as garantias processuais que os cidadãos gozam em qualquer processo.

3 PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR

Há ainda aqueles que, percebendo o evidente equívoco dos argumentos refutados ao longo de todo o item 2, acima, afirmam que o que legitima a invocação do interesse público em matéria tributária não é o interesse público propriamente, mas o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular.

Com suposto fundamento na nova hermenêutica constitucional – que tem no sopesamento de princípios um modo de conciliar os valores aparentemente antagônicos contidos nas Constituições dos Estados Democráticos pós-modernos e de reconhecer a positividade dos princípios –, há quem afirme que os princípios que asseguram direitos e garantias ao cidadão devem ser sopesados com o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular.

Não obstante o respeito que se tem pelos que assim raciocinam, há em seu argumento apenas uma tentativa de sofisticar uma idéia antiga e autoritária, que permanece equivocada.

3.1 Princípios, regras jurídicas, interesse público e a técnica do sopesamento

Antes de se verificar a correção do “sopesamento” de algumas normas constitucionais com o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, importa analisar os fundamentos e a história da técnica do sopesamento.

Essa técnica foi introduzida pela atual Hermenêutica Jurídica como meio de garantir eficácia concreta aos enunciados que consagram valores/finalidades a serem alcançados pelo ordenamento jurídico, mas que não trazem em seu corpo uma sanção para o caso desses valores não serem observados (nem como os valores seriam atingidos).

A mesma tornou-se conhecida notadamente através da obra de Robert Alexy que, utilizando-se da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, classifica como princípios somente essas normas que enumeram valores/finalidades a serem alcançados pelo ordenamento. Daí o nome “técnica do sopesamento de princípios”.

Ocorre que, como observa com bastante precisão Virgílio Afonso da Silva⁹, parte da doutrina, notadamente a doutrina brasileira, não conceitua os princípios da mesma forma que Robert Alexy, pois entende que este tipo de norma se caracteriza não em face da sua estrutura, mas em face da sua importância/fundamentalidade para o ordenamento jurídico.

Para se entender essa distinção na classificação dos princípios, basta considerar duas normas da Constituição Federal de 1988:

Art. 145.

§1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

a) exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Segundo a classificação de Robert Alexy, somente é princípio a norma veiculada no art. 145, § 1.º, pois a mesma enumera um valor a ser alcançado pelo ordenamento, sem contudo afirmar o meio de alcançar a concretização desse valor. Essa norma, portanto, não é de aplicação absoluta. A norma do art. 150, por sua vez, não é um princípio, mas sim uma regra, pois prescreve imediatamente um modelo de conduta e estabelece uma sanção para o caso dessa conduta não ser observada, ou seja, a própria norma prevê o meio de sua concretização para o caso de a conduta prescrita não ser observada. Não existe tributo “mais ou menos” previsto em lei.

Segundo a doutrina prevalente no Brasil, porém, ambas as normas são princípios, pois são fundamentais para o ordenamento brasileiro. Assim é que comumente se faz referência ao princípio da capacidade contributiva e ao princípio da legalidade.

Por conta dessa última classificação, muitos que não atentam para a história e os fundamentos da técnica do sopesamento de princípios pretendem sopesar normas tais como a do art. 150, III, ‘a’ da CF/88 com outras normas da Constituição. Esse sopesamento, porém, não é possível.

As regras aplicam-se ou não se aplicam. Em outros termos, não podem ter seu conteúdo reduzido quando forem aplicadas. O princípio da legalidade tributária, por exemplo, ou é observado e o tributo exigido com base em

lei poderá ser válido, ou não é observado, e o tributo exigido com base em norma infralegal certamente não será válido. Com efeito, não existem casos, fora os expressamente enumerados pela Constituição Federal, em que a legalidade tributária ceda em face de um princípio constitucional (por exemplo, o princípio da isonomia), para diminuir sua atuação.

Já os princípios têm seu conteúdo definido apenas no momento de sua aplicação. Não se trata de aplicá-lo ou não, pois pode o mesmo ser aplicado em parte, conciliando-se seu conteúdo com outros. O princípio da capacidade contributiva, por exemplo, induz que todos aqueles com capacidade econômica para contribuir devem pagar impostos, que devem ser graduados conforme essa capacidade. Assim é que uma pessoa jurídica que obtém renda tem de recolher o imposto de renda proporcional a essa renda. Pode ocorrer, porém, que este princípio seja sopesado com o princípio da redução das desigualdades sociais, e uma pessoa jurídica que obtenha renda em região pobre do país seja dispensada do pagamento do imposto de renda. A intensidade com que o princípio da capacidade contributiva é prestigiado também pode mudar conforme a natureza pessoal ou real do imposto correspondente.

Feito esse esclarecimento quanto à correta aplicação da técnica do sopesamento, cabe examinar o sopesamento que alguns pretendem fazer entre o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular e algumas normas da Constituição Federal.

É comum, com efeito, invocar-se o princípio da prevalência do interesse público para relativizar normas de tributação que, em verdade, são regras. Exemplo dessa invocação ocorreu no julgado do STF que declarou ser constitucional a não-devolução do ICMS pago antecipadamente a título de substituição tributária, e cuja base de cálculo, na prática, foi menor do que a efetivamente tributada. Com efeito, esse julgado invocou como fundamento o interesse público secundário correspondente à necessidade de “maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação”.¹⁰

No caso, estava em jogo a regra do § 7.º do art. 150 da CF/88 e, supostamente, o princípio da prevalência do interesse público. Normas que, por sua natureza, não poderiam ser sopesadas.

Conclui-se, portanto, que o princípio da prevalência do interesse público, ainda que fosse um princípio constitucional de nosso ordenamento, não poderia, como qualquer outro princípio não pode, ser invocado para relativizar regras constitucionais que imponham deveres à Administração e/ou reconheçam direitos ao contribuinte.

Resta agora examinar a correção do sopesamento do princípio da prevalência do interesse público com princípios constitucionais que consagram valores protetores do cidadão.

3.2 Princípio da prevalência do interesse público e sopesamento de princípios

O princípio da prevalência do interesse público, amplamente considerado, norteia todo o ordenamento jurídico, na medida que autoriza a própria limitação de liberdade, com a criação de direitos e deveres. Sobre o assunto, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou em tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

E, nesse sentido amplo, não é princípio constitucional que possa ser sopesado com outros princípios. Com efeito, estando presente em todo o ordenamento, logicamente, não pode ser colocado como princípio específico, antagônico a outros contidos no mesmo sistema. E quando se fala em sopesamento de princípios não se pode perder de vista essa idéia de antagonismo, já que tal técnica de interpretação visa exatamente a conciliar valores aparentemente distintos consagrados pelo ordenamento, nas Constituições democráticas.

Para se compreender essa impossibilidade de sopesamento do interesse público com outros princípios constitucionais, basta considerar dois princípios constitucionais que alguns pensam ser antagônicos ao princípio da prevalência do interesse público sobre o particular. Trata-se dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

É inegável que a livre iniciativa e a livre concorrência são do interesse do povo, até porque, consubstanciam, no campo profissional, a liberdade essencial ao bem estar humano, sob a ótica capitalista adotada por nossa Constituição. Por outro lado, é certo que, no caminhar histórico da sociedade, a livre iniciativa, aceita sem qualquer limitação, não se mostrou mais interesse do povo, pois trouxe, como conseqüência, grave crise social. Essa realidade fez com que, em face do interesse do povo, fossem inseridos no ordenamento jurídico valores/princípios que implicam limitações à livre iniciativa, tais como valorização do trabalho humano, proteção ao meio ambiente, defesa do consumidor, busca do pleno emprego etc (art. 170 da CF/88).

Assim, o que o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular faz é autorizar a inserção (positivação), no ordenamento jurídico, de princípios consagradores de valores aparentemente antagônicos entre si e o conseqüente sopesamento desses valores.

Não poderia ser diferente, até porque o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, em face da vaguidade de seus termos, tem de encontrar na Constituição, e somente nela, seu conteúdo, sob pena de ensejar as mais arbitrárias condutas.

Basta imaginar o confronto de qualquer princípio constitucional com o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, para verificar que não haveria princípio que resistisse a esse último; seria o mesmo que, em outros termos, inutilizar todos os demais valores consagrados na Constituição.

Por conta disso é que Celso Antonio Bandeira de Mello conclui:

O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a *extensão e compostura* que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consoantes. Donde jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele *contra a Constituição ou as leis*. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito¹² posto e só por este ângulo é que pode ser considerado invocado.

Assim, amplamente considerado, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular consiste no princípio que autoriza a própria criação do Estado e a criação de normas limitadoras da liberdade individual, criação esta que envolve a inserção de valores antagônicos no ordenamento para que seja realizado o sopesamento entre eles e se chegue à “norma de equilíbrio”, em cada caso concreto. Nesse sentido bastante amplo, portanto, o princípio da prevalência do interesse público impõe que a conduta de *todos* seja disciplinada por normas previamente estabelecidas, e impõe que tais normas sejam fielmente observadas ou, caso necessário, devidamente aplicadas. Isso mostra o quanto é absurdo invocar a prevalência do interesse público para justificar a prática de atos contrários ao Direito.

Diante disso, cabe-nos ainda analisar o sentido “estrito” do princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, para que reste completamente demonstrada a impossibilidade de sopesá-lo com os demais princípios do ordenamento.

Estritamente considerado, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular norteia os atos da Administração para que esta sempre aja levando em consideração o interesse da maioria e não o interesse de uns. Exemplo de aplicação desse princípio observa-se na decisão do Poder Público de construir uma estrada importante para o desenvolvimento local, sendo que nesse mesmo lugar onde se pretende realizar a construção já existem duas casas e seus donos não desejam a construção. Coloca-se, então, a

questão de saber se deve ser preservado o interesse dos donos das casas, ou de todas as demais pessoas da comunidade que anseiam por ver a estrada construída. É evidente que, nesse caso, deve prevalecer o interesse do povo (público) em detrimento do interesse particular.

Nesse ponto é de se observar mais um dado importante: o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, como o próprio nome está a indicar, cuida de interesses e não de direitos. Parece algo evidente e banal, mas assim não é na prática, pois muitas vezes sob a invocação desse princípio pretende-se, como demonstrado acima, que o interesse público prevaleça sobre *direitos* individuais. Interesse é vontade, e a conciliação de interesses enseja a criação de direito para a compartição de liberdades. O que o princípio em questão autoriza, portanto, é tão somente a prevalência do interesse público sobre o particular na criação das normas jurídicas, mas não a prevalência do interesse público sobre o *direito* do particular, até porque logicamente isso não é possível, pois, como dito, a consagração e a efetividade desses direitos individuais é do interesse público.

Assim é que no caso da construção da estrada, o Estado, apesar de ignorar o interesse particular dos donos das casas, não pode deixar de respeitar o direito patrimonial dos mesmos, indenizando-os pelo valor do imóvel desapropriado.

Esse princípio destina-se ainda a evitar que o administrador faça prevalecer seu próprio interesse na condução da coisa pública que deve, em verdade, ser usada e dirigida em benefício do povo; em outros termos, esse princípio é ainda o fundamento dos princípios da indisponibilidade e da impessoalidade.

De nenhum modo, como se vê, o princípio do interesse público pode ser invocado, seja para ser sopesado com princípios constitucionais protetores dos cidadãos, individualmente considerados, seja para desprezar direitos legalmente assegurados.

4 CONCLUSÃO

Do exposto ao longo do presente texto, podemos concluir o seguinte:

a) o interesse público, em matéria tributária, realiza-se e exaure-se com a limitação do direito de propriedade de cada contribuinte através da criação e da exigência válida de tributos;

b) como o interesse público maior em um Estado de Direito é a observância das leis pelo Poder Público, e como nem sempre o interesse do Estado, revelado por seus atos na prática, coincide com o interesse público, a invocação do interesse público em prol da Fazenda Nacional para justificar a cobrança de tributos não é admissível. E, em regra, representa apenas artifício para desprezar as normas constitucionais – e outras com elas compati-

veis. Com efeito, ou a invocação das normas jurídicas é suficiente para demonstrar a validade do tributo, ou este não será válido. A invocação genérica do interesse público, portanto, ou é inútil (nos casos em que a simples invocação das normas já é suficiente), ou é inválida;

c) o interesse público, interpretado à luz do Estado Social, longe de conceder maior liberdade ao Estado para diminuir direitos e garantias individuais, implica, em verdade, uma limitação ainda maior ao Estado, na medida em que este terá atribuições não apenas negativas, mas também positivas. Em outros termos, o interesse público, interpretado à luz do Estado Social, somente autoriza a diminuição do núcleo dos direitos individuais de um cidadão frente ao outro cidadão, mas não frente ao Estado. Assim, como a relação tributária é sempre entre Estado e cidadão, não é possível a invocação do interesse público na tentativa de diminuir o núcleo dos direitos do contribuinte.

d) o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular também não autoriza a relativização dos direitos do contribuinte. Primeiro, porque muitos dos direitos dos contribuintes são consagrados por regras, normas estas que, pela sua própria estrutura, não podem ser relativizadas. Segundo, porque, amplamente considerado, o princípio da prevalência do interesse público é princípio inerente ao Direito como um todo; assim não é princípio constitucional que consagre valor que se oponha a nenhum outro do ordenamento; logo, também não pode ser sopesado. Por fim, o princípio da prevalência do interesse público, estritamente considerado, é guia para a Administração, enquanto executora da lei, e autoriza o sopesamento de *interesse público* e *interesse privado*, e não o de *interesse público* e *direitos* individuais, porquanto esses últimos *direitos* já decorrem da conciliação de interesses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. São Paulo: Dialética, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americano de Estudos Constitucionais*, Del Rey, n. 1, p. 607 et ss, 2003.

- ¹ Ac. un. da 2.^a Turma do STJ. Rel. Min. Paulo Medina. ROMS 13592. DJU I, 02/12/2002, p. 266.
- ² Ac un da 1.^a T do STJ - Rel. Min. Luiz Fux - EDAGA 453704/RJ - j. em 16.12.2003 - DJ de 16.02.2004, p. 206 - RDDT 104/178.
- ³ Ac. do Pleno do STF – mv. Rel. Min. Ilmar Galvão. ADI 1851/AL. DJU I, 22/11/2001, p. 55.
- ⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, p. 32.
- ⁵ MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 348.
- ⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16.
- ⁷ Sobre o fato de o Estado Social, consagrador dos direitos fundamentais sociais (dimensão objetivo-institucional), não implicar a supressão ou diminuição dos direitos fundamentais individuais (dimensão subjetiva-individual), Paulo Bonavides, citando a opinião de Peter Häberle, afirma: “A teoria institucional da segunda fase parece haver resolvido com Häberle outro problema deixado sem solução por Schmitt, a saber, o da antinomia entre a dimensão jurídico-individual e a dimensão jurídico-institucional dos direitos da liberdade. [...] Com um traço de originalidade, fez ele a nova teoria institucional se assentar sobre um pedestal de relações mútuas bastante fortes entre o lado subjetivo-individual e o lado objetivo-institucional. Da aproximação de ambos os lados e de sua equiparação valorativa promana a verdadeira essência do direito fundamental, segundo a nova corrente institucional. Conjugados, assim, esses dois aspectos supostamente heterogêneos, nem por isso deixou-se de proclamar a preponderância do elemento objetivo. Antes a preserva e defende, ao mesmo passo que fez nascer na sociedade mais direitos, estes derivam em grande parte do aumento de complexidade da organização social e se caracterizam sem sacrificar o aspecto subjetivo, sem coarctar no grupo a sua liberdade e no ser individual a sua personalidade. Não há, portanto, como desmembrar dos direitos fundamentais a sua feição subjetiva do seu caráter objetivo, sendo que a primeira se insere na interioridade do segundo.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 574-5.
- ⁸ Precisamente quanto a essa questão não se pode deixar de observar que, até por questão de lógica, nada justifica que o cidadão, que se utiliza validamente das formas jurídicas previstas em lei para realizar um negócio jurídico, tenha essas formas desconsideradas pelo Fisco, com o único fim de tributar a realidade econômica não prevista em lei como fato gerador. A questão deve resumir-se ao exame da validade do negócio jurídico e não à desconsideração de suas formas com o único fim de tributá-lo.
- ⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Del Rey, 2003, n. 1, p. 607 et seq.
- ¹⁰ Ac. un. do Tribunal Pleno do STF Rel. Min. Ilmar Galvão. ADI 1851/AL. DJU I, 22/11/2002, p. 55.
- ¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 55.
- ¹² *Id. Ibidem*, p. 56.

ABSTRACT

The author concisely analyses the impossibility of evoking, in general terms, public interest as a foundation to disrespect fundamental rights of taxpayers.

KEYWORDS

Public interest. Principles. Balance. Taxation.

PODERES DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Rosaura Moreira Brito Bastos*

1 Introdução. 2 *Iter* legal de apuração da improbidade. 3 Impossibilidade de qualquer forma de transação. 4 Quebra de sigilo bancário do agente supostamente corrupto. 5 Conclusão.

RESUMO

O artigo aborda elementos pontuais acerca dos poderes de investigação do Ministério Público no que tange ao combate à corrupção.

PALAVRAS-CHAVE

Improbidade. Corrupção. Investigação.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 14 da Lei n. 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), importante instrumento legal no combate à corrupção no Brasil, estabelece os caminhos para que se proceda à investigação do ato supostamente ímprobo, com vistas às sanções previstas no seu artigo 12. Segundo o *caput* daquele, “qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade”. Deve-se aqui compreender “pessoa” em sentido amplo, ou seja, qualquer pessoa e não *qualquer cidadão*, inclusive pessoa jurídica ou até mesmo estrangeiros.

Todos são, dessa forma, competentes para peticionar à autoridade administrativa acerca do fato supostamente ilícito, desde que indiquem na petição a própria qualificação, a descrição do fato e a suposta autoria, bem como a indicação das provas ou dos indícios de que tenha conhecimento.

2 ITER LEGAL DE APURAÇÃO DA IMPROBIDADE

A representação contra agente público supostamente ímprobo para a investigação de atos de improbidade pode ser dirigida tanto à autoridade administrativa quanto ao Ministério Público. Este, atualmente, é quem vem recebendo o maior número de representações e, por força da Lei n. 7.347/85 e também pela Constituição Federal, é o órgão que tem como função institucional a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e desempenha sua função através da

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará, Professora de Direito Constitucional da Faculdade Christus e Procuradora do Município de Fortaleza-CE.

promoção do inquérito civil, bem como da ação civil pública. A ação civil pública é a via jurisdicional própria aos casos de improbidade administrativa, mas o inquérito civil é o meio investigativo próprio do Ministério Público que se revela como importante e eficaz instrumento com vistas a instruir a conseqüente ação jurisdicional.

Ao receber a representação, o Ministério Público opta por um dos diversos caminhos: arquivá-la, por lhe faltarem requisitos essenciais; instaurar o inquérito civil, instaurar um procedimento preparatório prévio ao inquérito civil, ajuizar diretamente a ação civil pública, se entender presentes todos os elementos necessários para tal, ou, ainda, se não tiver atribuições processuais, remeter o caso ao Procurador Geral de Justiça.

Alguns autores apregoam uma maior cautela no uso desse instrumento investigativo que é o inquérito civil, alertando ao Ministério Público que evite seu uso indiscriminado, para que não haja uma desmoralização do mesmo. Waldo Fazzio Júnior chega até a ventilar a hipótese de o inquérito civil ser utilizado como degrau publicitário pelos promotores e procuradores de justiça.

Qualquer hipótese ou suspeita, entretanto, deve ser investigada. A tutela da probidade administrativa é dever indeclinável, indisponível, do Ministério Público e quanto ao agente supostamente ímprobo, a melhor maneira de se provar a sua honestidade é deixar que a investigação seja a mais ampla possível; mesmo porque existem meios judiciais a responsabilizar o próprio representante do Ministério Público em caso de danos à pessoa do investigado.

Adilson Abreu Dallari defende mesmo a obrigatoriedade de instauração do inquérito civil. Para ele,

quando as informações forem insuficientes para indicar a ocorrência de determinado dano ou de sua autoria, é de rigor a instauração do inquérito civil. (...) Não é dado à Administração Pública, nem ao Ministério Público, simplesmente molestar gratuitamente e imotivadamente qualquer cidadão, por alguma suposta eventual infração da qual ele, talvez, tenha participado. Vale também aqui o princípio da proporcionalidade inerente ao poder de polícia, segundo o qual só é legítimo o constrangimento absolutamente necessário e na medida do necessário. Repugna a consciência jurídica aceitar que alguém possa se constrangido a figurar como réu numa ação civil pública perfeitamente evitável. Configura abuso de poder a propositura de ação civil temerária, despropositada,¹ não precedida de cuidados mínimos quanto à sua viabilidade.

A par das características do inquérito civil de ser procedimento investigatório público e inquisitivo, próprio do Ministério Público, tem-se

mais uma característica a destacar: a transparência. Como qualquer ato administrativo, é público e *não sigiloso* e o investigado pode até dele solicitar certidão. O sigilo dos documentos e de algumas informações somente cabe para proteger a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, inclusive do próprio investigado. Qualquer sigilo, além do necessário, vai de encontro aos mais elementares ditames do Estado Democrático de Direito. Tal instrumento de investigação é, portanto, público, admitindo-se, apenas, o sigilo dos documentos relativos ao investigado, para sua própria conveniência, e não da investigação em si.

3 IMPOSSIBILIDADE DE QUALQUER FORMA DE TRANSAÇÃO

A transação no âmbito do inquérito civil é incompatível com os interesses tutelados pelo Ministério Público, haja vista que transação, em linhas gerais, significa concessões mútuas. O que é possível acontecer é o chamado “compromisso de ajustamento” que nada mais é do que a possibilidade de se por termo à ação civil pública ou mesmo evitar sua propositura, reconhecendo o investigado ter efetivamente causado o dano a qualquer interesse protegido pelo *parquet* e concordando em repará-lo, da mesma forma que o faria se condenado em ação civil pública, sem qualquer benevolência, visto que os interesses ali tutelados são indisponíveis. Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior concluem que “o que é possível de ser pactuado são as condições de tempo, modo e lugar de cumprimento da obrigação”.² Assim, é essencial que o fato já tenha sido esclarecido no inquérito civil.

Tratando-se de dano ao patrimônio público, entretanto, não é possível aceitar nem mesmo o compromisso de ajustamento, visto que, em caso de improbidade administrativa não basta apenas que o agente ímprobo recomponha o patrimônio, mas, terá ele também que se submeter às demais sanções da Lei n. 8.429/92, ou seja, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública etc. O contrário seria frustrar a razão da lei e permitir que agentes corruptos se perpetuem na Administração Pública. O art. 17, § 1º da lei em comento é incisivo nesse ponto: não permite qualquer transação, acordo ou conciliação nas ações dirigidas contra os agentes ímprobos. O representante do Ministério Público que concordar em firmar compromisso de ajustamento com sujeito ímprobo estará deixando de cumprir o seu dever legal de instaurar a ação civil pública, incorrendo, ele também, em conduta ímproba.

4 QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DO AGENTE SUPOSTAMENTE CORRUPTO

Um ponto muito importante a ser observado diz respeito à quebra do sigilo bancário do agente supostamente ímprobo. Essa medida se afigura de extrema relevância em casos de improbidade administrativa com enriquecimento ilícito do agente, pois, quebrando seu sigilo bancário, é possível se

concluir ou não pela materialidade da conduta ímproba. A obrigatoriedade da declaração de bens do agente público, tanto na investidura inicial na Administração, quanto anualmente, é útil para se averiguar do enriquecimento ilícito, mas não é o bastante, pois o agente ímprobo tem o hábito de ocultar seus ganhos, seu acréscimo patrimonial, e freqüentemente o faz utilizando-se de interpostas pessoas, os “laranjas” ou “testas-de-ferro”, ou ainda de outros meios que podem ser descobertos através da quebra de sigilo.

A quebra do sigilo bancário, a par de ser medida de extrema relevância, como se disse, é um instrumento a ser utilizado com bastante parcimônia, pois é medida excepcional diretamente ligada a direitos fundamentais como o direito à intimidade previsto no artigo 5º, V, da Carta Magna. Em casos especiais, portanto, quando absolutamente relevante para a investigação do ilícito, em decisão judicial, a quebra do sigilo bancário do agente supostamente ímprobo poderá ser realizada, desde que comprovada uma justa causa, ou seja, que haja fundados indícios da necessidade da medida e que de outra forma não se conseguirá chegar ao objetivo da investigação. Assim, os autores discorrem bastante sobre a excepcionalidade da medida, que deve ser utilizada somente em último caso, pois pode atentar contra o direito fundamental do investigado, observando-se, sempre, os princípios da proporcionalidade, bem como da razoabilidade.

O ponto de maior discussão acerca do tema diz respeito à possibilidade de quebra do sigilo bancário diretamente pelo Ministério Público, sem intervenção do Judiciário, no inquérito civil, para apurar improbidade administrativa com enriquecimento ilícito. Para se resolver tal questão, é mister analisar o ordenamento jurídico vigente e fazer uma operação de integração deste, para suprir uma lacuna até então existente.

Explica-se: o artigo 192 da Constituição Federal determina que o sistema financeiro nacional seja regulado por lei complementar. Como essa lei ainda não foi editada após a promulgação da Constituição de 1988, aplicar-se-ia, no caso, a Lei do Sistema Financeiro Nacional (Lei Federal n. 4.595, de 31/12/64), que, mesmo sendo lei ordinária, teria sido recepcionada pela Carta Magna com força de lei complementar.

Existe, entretanto, a Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que, mesmo tendo sido editada sob a forma de lei ordinária, serviria para integrar o Texto Constitucional, permitindo sua efetiva aplicação, porquanto o dispositivo apontado detalha o previsto no inciso VI do art. 129 da Constituição Federal, permitindo ao Ministério Público a quebra direta do sigilo bancário do investigado em inquérito civil. Esse é o entendimento de alguns autores como Marino Pazzaglini Filho e Márcio Fernando Elias Rosa.³

Em sentido contrário escreve Waldo Fazzio Júnior⁴, entendendo que

embora o art. 26, inciso I, alínea b, da Lei Federal n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) assegure ao membro

do *parquet* o direito de requisitar documentos de quaisquer órgãos ou autoridades, a mencionada lei é ordinária e, portanto, não tem o condão de superar lei complementar.

Conquanto a maioria das decisões do Supremo Tribunal Federal seja pela impossibilidade da quebra direta do sigilo bancário pelo Ministério Público, já existe um importante precedente no sentido contrário, com o Mandado de Segurança 21.729-4, distribuído em 06/08/1993, cujos impetrantes e impetrados são, respectivamente, o Banco do Brasil S/A e o Procurador Geral da República, em que o Tribunal decidiu, por maioria, que o Ministério Público pode quebrar diretamente o sigilo bancário do agente supostamente ímprobo, sem intervenção do Judiciário, em caso de empresas em cujo capital social haja participação de dinheiro público, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista.⁵

O critério que embasou a decisão acima foi a participação de dinheiro público. Se o importante é o dinheiro público, o patrimônio social, em todos os casos de investigação de improbidade administrativa, o Ministério Público deve poder requisitar informações bancárias diretamente, pois, nos órgãos públicos, mais do que nos entes privados acima citados, há a participação de dinheiro público, motivo maior a ensejar a preponderância do interesse público sobre o direito à intimidade, à privacidade, direitos individuais fundamentais protegidos pela Carta Magna, visto que o interesse público sempre deve prevalecer sobre o particular.

Cabe destacar que, apesar de a quebra do sigilo de dados de posse das instituições financeiras estar já regulamentada pela Lei n. 4.595/94, sua previsão agora está na Lei n. 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na mesma; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências.

A referida lei, formulada tendo por base o sistema de repressão de ilícitos de mesma natureza em outros países, mediante contatos do ex-Ministro da Justiça e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim com a legislação européia sobre o assunto, ao vir tipificando os crimes de lavagem como o ato de ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime, sendo este o enquadrado nos tipos ou gênero de tipo penal descritos em seus incisos de I a VII, dentre eles os crimes contra o sistema financeiro nacional, veio estatuinto, também, a obrigatoriedade de prestação de informações por parte das entidades descritas em seu art. 9º, entre elas instituições financeiras, mediante determinação judicial proveniente de deferimento de requerimento do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF – criado pela lei (art. 10, inciso III, Lei n 9.613/98).

Com a disposição supra, quis-se, agora, estabelecer as hipóteses de quebra de sigilo de dados relacionados com as atividades das entidades supracitadas (comercialização de jóias, empresas de arrendamento mercantil, bolsas de valores etc.) e seus clientes que possam configurar a prática de ilícito consubstanciado na prática do crime de “lavagem”. Porém, *pari passu*, em razão de o crime de “lavagem” ser também considerado como proveniente da ocultação ou dissimulação da natureza de bem ou valor advindo da prática de crime contra o sistema financeiro nacional, reforçou-se, no corpo da norma, a hipótese de quebra do sigilo bancário, inovando-se somente na parte que prevê a legitimidade do conselho acima mencionado para requerê-la em juízo.

O fato é que a possibilidade de quebra direta, pelo Ministério Público, do sigilo bancário dos envolvidos em casos de improbidade administrativa é uma tendência cada vez mais forte, quando por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade os tribunais farão cada vez mais a opção interpretativa pelo enfraquecimento do sigilo bancário, ou seja, do direito à intimidade, por um valor maior que é o interesse público ou a probidade administrativa. Essa é uma tendência mundial. Nos Estados Unidos não é preciso autorização judiciária para quebra dos sigilos bancário e fiscal. O FBI, órgão federal norte-americano de investigação, o faz diretamente, pois é sabido que a requisição de informações pode dificultar o cumprimento das funções institucionais do Ministério Público.

Se a possibilidade de requisição direta, pelo Ministério Público, de informações bancárias ainda pode ser considerada controversa, o mesmo não acontece em relação ao exame de documentos, pois não se tem dúvida de que é possível que o “parquet” os requisite diretamente de órgãos como a Receita Federal, não esquecendo que o mesmo é responsável pela divulgação indevida de tais informações, segundo o art. 26 da Lei n. 8.625/93, bem como pelo Código Civil.

5 CONCLUSÃO

O Ministério Público brasileiro conta com um importante instrumento na defesa da corrupção: a Lei da Improbidade Administrativa. Tal lei confere ao representante do *parquet* algumas prerrogativas ou poderes necessários à realização desse mister. Essas prerrogativas nem sempre são bem aceitas ou compreendidas pela sociedade, mas o fato é que elas são prerrogativas absolutamente condizentes com o Estado Democrático de Direito. Aqueles a quem não interessa esclarecer os fatos são os mesmos que patrocinam campanhas difamatórias contra o Ministério Público e seus poderes de investigação. Os operadores do Direito, entretanto, preocupados em efetivar cada vez mais a justiça em nosso país, não podem calar-se diante de tais atitudes que só atrasam o nosso país no processo de combate à corrupção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALLARI, Adilson Abreu. Obrigatoriedade de realização de inquérito civil. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza*, Fortaleza, v. 6, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

¹ DALLARI, Adilson Abreu. Obrigatoriedade de Realização de Inquérito Civil. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza*, Fortaleza, v. 6, 1999, p. 28..

² PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 169.

³ *Id. Ibidem.*, p. 257.

⁴ *Id. Ibidem.*, p. 188.

⁵ *Id. Ibidem.*, p. 185.

⁶ Segundo informação de acompanhamento processual colhida no “site” do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.org.br>) em 22/07/2002, às 15:47h.

ABSTRACT

The article approaches important elements on being able them of inquiry on corruption.

KEYWORDS

Improbity. Corruption. Inquiry.

DEMOCRACIA EM ARISTÓTELES

Sidney Guerra Reginaldo*

1 Introdução. 2 A natureza do regime democrático. 3 Definição e peculiaridades do regime democrático. 4 As massas populares e a melhor forma de democracia. 5 Disposições deliberativas, executivas e judiciais do regime democrático. 6 O fundamento do regime democrático e a liberdade. 7 A multiplicidade de democracias. 8 Conclusão.

RESUMO

Este artigo busca mostrar o que pensava o filósofo Aristóteles sobre a democracia nos aspectos da liberdade, da igualdade, das pessoas, da massa popular, do direito de cidadania, da pobreza, da eleição dos magistrados, do elemento supremo e da função deliberativa.

PALAVRAS-CHAVE

Democracia. Povo. Liberdade. Igualdade. Massa popular. Cidadania.

1 INTRODUÇÃO

Expressar o sentido da Teoria da Democracia dentro da visão Aristotélica importa considerar a sua dimensão na busca da resposta: o que é a democracia?

Nessa perspectiva, nenhum outro ambiente é mais apropriado do que a visão que ele tem do Estado, enquanto expressão nos domínios do poder e política. No âmago da designação de um sentido do povo e a sua participação na constituição de uma democracia, Aristóteles analisa a fundo a multiplicidade de democracias dentro de um contexto da liberdade, da igualdade, do povo, da massa popular, do direito de cidadania, da pobreza, da eleição dos magistrados, do elemento supremo e da função deliberativa.

Se existe um sentido manipulado, durante a história, é sem dúvida este 'o que é a democracia', desmascarada por práticas políticas, através de discursos demagógicos, particularmente hábeis de camuflar-se, para a persuasão de que esse 'sentido' de democracia deve ser objeto de desejo de todos os estudiosos da Teoria Política, pois aí se encontram as inocências, as origens, um paraíso anterior e perdido, infiltração, mesmo onde ela não é reconhecida.

* Aluno especial do Doutorado em Sociologia pela UFC, Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), bacharel em Direito pela UFC, Advogado, Professor da Faculdade Christus.

É nessas bases que seja esclarecida, dentro da visão aristotélica, a impertinência de toda insinuação que pretenda a sobrevalência da democracia sobre a manifestação legítima da vontade determinada do povo, na medida em que este é elemento e razão da democracia.

2 A NATUREZA DO REGIME DEMOCRÁTICO

Para descobrir a natureza de qualquer questão, na investigação do saber, Aristóteles entende que não adianta somente seguir o método filosófico, como método investigativo, ignorando as considerações práticas existentes na questão elaborada. Se somente vier a seguir o método filosófico na investigação da questão, o caminho adequado seria o de começar pela verdade acerca de cada caso sem qualquer negligência ou omissão. Entendendo assim, percebe-se o lado empirista do Estagirita no trato da investigação de qualquer do saber, principalmente nas questões onde se busque o saber das causas, levando a conclusão de que todo o trato das questões por ele elaboradas, especificamente ao regime democrático¹, deverá ter considerações de ordem prática que o caso investigado mereça, devendo ser ele de cunho histórico e institucional, e não somente baseado em um discurso dialético.

Assim, dentro desse princípio de investigação do saber, Aristóteles passa a abordar a questão dos regimes de governo – a tirania, a democracia e a oligarquia - começando por dizer que existem algumas dificuldades no trato dessa questão. Classifica a *tirania como o governo de um só com vista ao interesse pessoal*; a *oligarquia como busca do interesse dos ricos*; a *democracia visa o interesse dos pobres*. Nenhum desses regimes visa o interesse da comunidade². Nessa classificação, observa-se de início que ele entende que a democracia, assim como os demais regimes, não visam a nenhum interesse da comunidade, uma vez que *a comunidade implica em amizade*³ e essa virtude não pertence a nenhum dos regimes. Perante isso, mesmo desenvolvendo um tratado democrático, já se pode notar que Aristóteles não é um democrata. Aliás, não só democrata, mas se põe contra a tirania e a oligarquia.

Ao contrário dos elementos dos regimes da tirania e da oligarquia, onde o primeiro é o governo de um só que exerce o poder despótico sobre a comunidade política e o segundo quando os bens são elementos supremos do regime, existe democracia quando o elemento supremo não pertence aos ricos e sim aos pobres. A partir dessa premissa, sempre comparando ao regime oligárquico, em que o poder pertence a um pequeno número, Aristóteles entende que surgem duas dificuldades em definir a forma da natureza do regime democrático. Parte do princípio de que as cidades são compostas de três elementos, a saber, *os muitos ricos, os muitos pobres, e a classe média*⁴, onde esses elementos farão parte para a definição de democracia, apesar de estarem em um só corpo definido por multidão⁵. No primeiro caso, Aristóteles apresenta o regime democrático governado por uma multidão onde a maioria é composta por indivíduos ricos que têm o poder supremo, ou seja, a

riqueza com os muitos e a pobreza com os poucos. Nesse caso, a democracia seria o regime da riqueza, e assim a definição *per si* é inexata. No segundo caso, ele apresenta uma combinação da riqueza com os poucos e a pobreza com os muitos, e a democracia como o regime em que os mais pobres, sendo muitos em número, estão no poder. Diante dessas duas formas democráticas apresentadas, Aristóteles considera que para bem definir o que seja democracia não é o fato de existir uma divisão de classes e sim a existência dos números serem muitos e poucos podendo ser eles ricos ou pobres, e por isso existe um atributo accidental nessa definição. Também considera que no primeiro caso surgem os ambiciosos desmedidos e os grandes malfetores e no segundo caso, ocorrem os criminosos e os pequenos delinquentes, onde os crimes e delitos resultam da soberba e da maldade. Por outro lado, em relação ao outro elemento componente do regime democrático, ou seja, a classe média, o Estagirita concorda que *o moderado e o intermediário é o que há de melhor, tornando evidente que, em relação à posse dos bens, a riqueza mediana é a melhor de todas porque é a que mais facilmente obedece aos ditames da razão*⁶. Assim diz que *a cidade quer-se o mais possível composta de elementos semelhantes e iguais. Ora essa condição só se encontra precisamente na classe média. Segue-se, pois, que a cidade governada com base nestes elementos médios (que, em nosso entender, constituem por natureza uma cidade) será necessariamente a mais excelente de todas*⁷.

Não esquece ele que as cidades tendem a sofrer com o crescimento populacional. É verdade que, com esse crescente número de pessoas que passam a povoar as cidades, a massa dos pobres passará a ser a maioria a deter a supremacia política, e com isso, decerto deverá se dispor de uma abundância de recursos, acabando todos por partilharem do poder em virtude da superioridade numérica da massa popular. Diz ele que uma massa popular desse gênero é, inclusive, a que dispõe de mais tempo de lazer, porque a preocupação dos negócios privados não lhe cria quaisquer obstáculos; já para os ricos isso constitui um embaraço tal que, na maioria das vezes, não chegam sequer a tomar parte na assembléia, nem a exercer a justiça⁸. Por isso que Aristóteles considera que onde os pobres apresentam uma clara superioridade numérica de acordo com a proporção (...), é natural que nos deparemos com uma democracia⁹.

Nota-se então que o fortalecimento na teoria democrática aristotélica é a conciliação dos muitos ricos com os muitos pobres encontrando o seu ponto de equilíbrio na classe média, onde, prossegue ele dizendo que “a classe média é a massa mais estável nas cidades: de fato não cobiça os bens alheios, tal como o fazem os mais desfavorecidos, nem as outras classes desejam aquilo que pertence à classe média, tal como os pobres desejam dos ricos¹⁰.” São palavras dele: “É esta (a classe média) que assegura à democracia uma estabilidade¹¹ e uma duração como nunca se teve uma oligarquia¹².”

Aristóteles, então, define que a melhor comunidade política é aquela que não cobiça bens alheios, é a que provém das classes médias, servindo de

contrapeso, dado pela mistura dos muitos ricos e dos muitos pobres, impedindo o aparecimento de extremos antagônicos, criando uma doutrina que, revigorada por geral acatamento, veio ter aos nossos dias.

3 DEFINIÇÃO E PECULIARIDADES DO REGIME DEMOCRÁTICO

Para definir melhor o que seja o regime democrático, Aristóteles diz que o governo é o elemento supremo em toda a cidade e o regime é, de fato, esse governo¹³. Assim, para ele, nas Constituições democráticas o povo é supremo do governo e do regime, pelo fato de formar a grande massa dos cidadãos, constituindo a multidão, e dado que a sua decisão será sempre a maioria, se fazendo assim suprema, e estar sintonizado no sentido de que todos devem possuir o mesmo¹⁴ em termos numéricos, identificando-se, assim, necessariamente, com uma democracia.

Partindo dessa idéia, Aristóteles divide a democracia em cinco espécies. A primeira espécie de democracia é a que se determina sobretudo em função de igualdade¹⁵. Onde nem a classe dos ricos nem a dos pobres é superior uma à outra, nem qualquer delas tem domínio sobre a outra, mas ambas são semelhantes. Nesse sentido, se a liberdade é condição preponderante na democracia – como de resto a quem admitida¹⁶ – tal como o é a igualdade. Aqui, nota-se que o princípio da igualdade, no regime democrático, está vinculado ao princípio da liberdade, tornado-os, assim, dois princípios mais poderosos quando todos os cidadãos, sem exceção, se encontram congregados na vida da cidade, na maior medida possível.

A segunda espécie de democracia é aquela em que as magistraturas são exercidas em função do montante tributário, o que de resto é bastante baixo, em razão de que quem deva participar das magistraturas são aquelas pessoas que possuem recursos e não aquelas que os perdeu.

A terceira espécie é a que consiste em elevar às magistraturas todos os cidadãos considerados irrepreensíveis, mas sempre sob o poder supremo da lei.

A quarta espécie é a que faculta o acesso de todos às magistraturas, com a única condição de serem cidadãos, e sempre sob a supremacia da lei.

A quinta espécie de democracia é aquela em que todas as características das espécies anteriores se mantêm, salvo num aspecto: *a supremacia é do povo e não da lei*¹⁷. E isto se sucede sempre que a decisão suprema decorre dos decretos¹⁸ e não da lei. Assim Aristóteles entende que, no regime democrático o povo deve submeter-se às leis e não aos decretos. É inaceitável que em uma ordenação política seja regulado por decretos, pois se assim o for jamais poderia ser identificada como democracia propriamente dita, dado que nenhum decreto tem caráter universal. Prossegue o Estagirita dizendo que

esta situação surge devido à influência dos demagogos; não ocorre nas cidades governadas democraticamente segundo a lei, nas quais os melhores cidadãos – que se distinguem pela riqueza, pela nobreza de nascimento, pela virtude, pela educação, e outras

característica determinadas por critérios análogos – detêm um afetivo destaque. Pelo contrário, os demagogos surgem nas cidades em que a lei não é suprema. Aí, com efeito, o povo torna-se monarca, ou seja, um todo composto, ainda que formado de muitas partes²⁰.

Se o povo for tomado por essa aceção, isto é, tomado como monarca, procurando governar sozinho sem submeter-se à lei, torna-se despótico que honra os aduladores. Desta forma, os demagogos e os aduladores acabam por corresponder àquilo que a tirania é em relação à monarquia, pois suas ações advêm, mesmo submetendo todas as questões ao crivo do povo, do domínio que eles têm da massa popular sabendo de antemão como a multidão lhe obedece e o momento certo de se tomar às decisões nas formas por eles estabelecidas²¹. Ao povo, no regime democrático, compete a decisão de seu destino sem nenhuma dominação por quem que seja. Essa prerrogativa deve ser assumida pela massa popular para que de fato possa-se identificar democraticamente.

As muitas partes, ou seja, os muitos que detêm a autoridade suprema, mesmo dividida em associações, se deve entender como um conjunto, uma multidão, e não de modo individuado, que se submeter à lei com regra bem definida e não regulada por decreto. Assim, quando se disser que o governo de ‘muitos’ não é um governo bom, é necessário esclarecer o que seja esse governo de ‘muitos’, para que não se tenha a interpretação de um aglomerado de pessoas, caindo em erro como o fez Homero²², que diz que “*não é bom o governo de muitos*”, sem contudo esclarecer o que sejam esses ‘muitos’, em que os magistrados são tomados como um aglomerado de indivíduos. Assim, também acertam os que opinam que um regime assim instituído poderá ser uma democracia, mas nunca um regime constitucional. Com efeito não poderá haver regime constitucional onde a lei não detém a autoridade²³. Por isso que Aristóteles considera a democracia um desvio do regime constitucional.

4 AS MASSAS POPULARES E A MELHOR FORMA DE DEMOCRACIA

Das espécies de democracia Aristóteles destaca que apenas uma é a melhor forma delas, designando-a de primeira, no mesmo sentido em que é possível distinguir os diversos tipos de massa popular.

Assim, é preciso estabelecer a democracia onde o grosso da população, ou seja, da massa popular, viva do cultivo de terras e da criação do gado. São duas as classes que se refere ao estabelecimento dessa democracia, a saber, a massa de agricultores e a massa de pastores. Para Aristóteles, a massa dos agricultores é a melhor facção popular, em razão de que não têm tempo para auferirem rendimentos avultados, não têm tempo para o ócio, nem podem reunir-se em assembléia com assiduidade, fazendo-se surgir a primeira forma de democracia com o predomínio da massa de agricultores. A seguir a essa, a massa dos pastores é a melhor, pois vivem de seus rebanhos,

são fisicamente saudáveis e habituadas a dormir no relento, estando, portanto, preparada para a vida militar, devido aos seus constantes deslocamentos ao mercado, à praça e à cidade. Toda essa massa reúne-se com maior facilidade nas assembléias, mantendo muitas afinidades com a classe agrícola. A bem de ver os agricultores, por causa da sua dispersão pelas terras, não só não se juntam todos, como nem sequer vêem qualquer necessidade de reunião, pela própria razão de que a disposição do território se encontra muito distante da cidade.

Aristóteles entende que essa classe popular²⁴, juntamente com a classe dos pastores, pelo tempo integral que dedicam às suas atividades, sente-se mais agradável na labuta diária de seu trabalho do que no exercício de qualquer função dentro do governo da cidade ou mesmo exercício da cidadania. São pessoas satisfeitas com o que têm, são desprovidos de quaisquer honrarias, não possuem ambições de natureza política, e assim submetem-se a qualquer regime de governo, desde que não sejam impedidos de trabalhar no cultivo da terra ou na criação de animais. É possível até aviltar a idéia de que alguns da massa de agricultores ou de pastores venham a ter ambições políticas, mas ficam limitadamente satisfeitos em relação à eleição dos magistrados e a prestação de contas dos dinheiros públicos.

Esses tipos de massas, pertencentes a uma só classe que é a agrícola, podem facilmente estabelecer uma democracia²⁵ e um regime constitucional propícios, uma vez que a população está ligada a terra.

Em relação às demais massas, a saber, os artesãos, comerciantes ou assalariados, ou mesmo ainda em relação às restantes formas intermédias a partir das quais se constituem as demais formas de democracia, Aristóteles as considera muito inferiores às massas de agricultores e as massas de pastores, pois o modo de vida delas é na verdade inferior.

Mesmo assim, apesar das diferenças existentes entre as massas populares em relação às suas ocupações, as virtudes democráticas de todas elas são comuns, pois todas elas exercem habitualmente a virtude de se tornarem dependentes entre si, elegendo os magistrados, fiscalizando as contas públicas e exercendo a justiça, independentemente da magistratura ser exercida pelos cidadãos de grandes fortunas (quanto maior for a fortuna, mais importante deva ser o cargo) ou mesmo que eles tenham reservado o cargo de magistrado, não por causa das propriedades, mas pelas capacidades requeridas para o desempenho da função. Dessa forma, entende Aristóteles que *governados dessa forma os cidadãos são bem governados*²⁶.

Como vimos, Aristóteles deixa transparecer que o exercício da cidadania é um dos pontos fortes da democracia. Diz o Estagirita que para se estabelecer uma forma de democracia como esta, e tornar o povo mais forte, os dirigentes costumam recorrer ao ajuntamento maciço de gente e conferir o direito de cidadania não só aos filhos legítimos como também aos bastardos e aos descendentes em que um dos progenitores (pai ou mãe) detém o esta-

tuto de cidadania. Ora, não há dúvida de que uma população como esta está mais talhada para essa forma de democracia²⁷.

Para os demagogos, que se dizem democratas, mas que na verdade fomentam o controle sob um determinado número limitado de cidadãos, o ajuntamento do maciço de gente que aumente a população e atingir ao ponto em que a massa exceda o número de cidadãos notáveis da classe média gera a desordem do regime democrático, fazendo com que os notáveis insurjam com mais vigor contra tal estado de coisas e dificilmente suportem a democracia. Nesse caso, entende Aristóteles que *um mal irrelevante passa despercebido, mas, quando cresce, salta mais à vista*²⁸. Se for dessa forma a de prescindir que de fato as disposições tirânicas são apropriadas ao espírito democrático. Mas o que se deve levar em conta, para se dispor de um espírito democrático, não é o critério quantitativo e sim qualitativo dos cidadãos.

5 DISPOSIÇÕES DELIBERATIVAS, EXECUTIVAS E JUDICIAIS DO REGIME DEMOCRÁTICO

Mas, ao contrário dessas disposições tirânicas, é próprio do espírito democrático o procedimento segundo o qual todos participem e decidam acerca das questões que se refere à comunidade. E de fato é o povo quem mais procura esse tipo de igualdade. Então, Aristóteles entende que, neste caso, existem vários modos de procedimentos, como funções deliberativas, executivas e judiciais, para se alcançar o espírito da democracia:

Um primeiro modo seria o de todos desempenharem a função deliberativa de forma alternada, e não todos em conjunto (...); apenas se convocaria o plenário da cidade se estivesse em causa a promulgação de leis e assuntos relativos ao próprio regime, ou então para tomar conhecimento dos decretos dos magistrados.

No segundo modo seria o de todos os cidadãos deliberarem em conjunto, reunindo-se apenas para a eleição dos magistrados e para legislar sobre assuntos que configurassem declarações de guerra e paz e fiscalizações em contas públicas, remetendo as restantes decisões à consideração dos magistrados competentes, eleitos, ou entre todos os cidadãos, ou escolhidos por sorteios.

Um terceiro modo seria o de todos os cidadãos se reunirem para a eleição de magistrados e fiscalização das contas públicas, como ainda para tomas decisões relativas à declaração de guerra e paz ou aliança, reservando tanto quanto possível os restantes assuntos para as magistraturas eleitas sempre que for possível, isto é, para as magistraturas que requerem necessariamente conhecimentos específicos.

Uma quarta forma seria a de todos os cidadãos se reunirem para deliberar sobre os assuntos relativos à cidade, não tendo os magistrados qualquer competência decisória, mas apenas consultiva. De resto, é precisamente este o modo que vigora hoje

na última forma de democracia, e que tivemos oportunidade de referir como análoga à oligarquia autoritária e à monarquia tirânica. (Aristóteles, Política, 1998:327)

Assim, somente há democracia *sempre que as magistraturas forem dominadas por uma maioria de cidadãos livres e pobres*³⁰.

6 O FUNDAMENTO DO REGIME DEMOCRÁTICO E A LIBERDADE

Reside na liberdade (*eleutheria*)³¹ o fundamento do princípio e do fim de toda a democracia. Para Aristóteles, um dos atributos da liberdade é governar e ser governado em alternância³². Sendo assim a justiça aparece como um dos atributos do espírito democrático, em que tendo em conta o número de iguais o critério quantitativo prevalece sobre o critério qualitativo. Nessa aferição numérica a massa popular seria o elemento supremo, quanto ao ato de decidir de acordo com maioria, sendo esse fim e o critério da justiça na democracia. Como nesse regime os pobres são em maioria aos ricos, é o que deve prevalecer é a opinião da maioria³³.

Além do critério de justiça, como regra determinante do regime democrático, entende o filósofo, que os partidários da democracia visam como princípio de liberdade não só a busca da igualdade no feito da justiça, mas também, como segunda regra, o fato de cada viver como quiser de acordo com a sua vontade. Diante dessas hipóteses, impõe à conclusão de que no regime democrático ou o povo é governado por ninguém ou será governado por alternância. Esses dois sinais distintos contribuem para a liberdade tomada em acepção igualitária.

E é em razão disso que Aristóteles classifica como cidadão àquela pessoa que governa e é governado. Sendo que o melhor cidadão torna-se aquele que é capaz e que escolhe deliberadamente governar e ser governado visando uma vida virtuosa³⁴.

Colocados esses pressupostos, como princípios da democracia, o Estagirita impõe como índole os seguintes procedimentos:

eleger todas as magistraturas de entre todos os cidadãos³⁵; governar todos a cada um e cada um a todos, em alternância³⁶; sortear³⁷ as magistraturas ou na totalidade, ou então só as que não exijam experiência ou habilitação; não estipular qualquer nível de riqueza para se aceder às magistraturas, ou então estipular um limiar muito baixo; impedir que o mesmo cidadão exerça duas vezes a mesma magistratura, a não ser em raras circunstâncias e apenas naquelas escassas magistraturas que não se relacionam com a guerra; reduzir ao mínimo o período de vigência de todas as magistraturas, ou então, do maior número possível delas; atribuir administração da justiça a todos os cidadãos escolhidos de entre

todos, discernindo as questões em litígio ou a maioria delas, e ente essas as mais importantes e decisivas, como sejam, por exemplo, as relacionadas com a fiscalização de contas públicas, com a constituição³⁸, e com os contrato do foro privado; depor a supremacia das decisões nas mãos da assembléia no tocante a todos os assuntos, ou aos mais importantes, não atribuindo qualquer poder às magistraturas ou apenas para assuntos de pouca monta; de entre as magistraturas o conselho é de fato a mais democrática: mas será assim onde não houver abundância de riqueza que permita remunerar todos os cidadãos, tal magistratura perde toda a sua força, posto que o povo, quando aufere bons salários, acaba por chamar a si mesmo todas as decisões (...); é ainda de caráter democrático remunerar de modo especial todas as magistraturas, incluindo os membros das assembléias e o corpo dos juízes, ou pelo menos remunerar os magistrados, os tribunais, os membros do conselho e as assembléias de caráter deliberativo, ou aquelas magistraturas não é exigida a refeição em comum. (Aristóteles, Política, VI, 1317b 15-40)

Por fim, é o fato de nenhuma magistratura ser vitalícia, e se o for por resistência a uma nova reforma, ser restringido o seu poder, *fazendo com que a magistratura seja ocupada por sorteio em vez de eleição*³⁹.

Aristóteles entende que, de fato, para preservar a índole do sistema democrático, é necessário que muitos cidadãos exerçam cargos na administração pública de modo temporário⁴⁰, para que assim todos possam desempenhar cargos governamentais.

Assim, os hábitos dos cidadãos educados tornam-se uma força primordial para a realização da democracia. O Estagirita considera a habitualidade e a educação, no exercício de seu uso, forças fundamentais para o equilíbrio do regime apresentado à população, especialmente quanto ao regime oligárquico e democrático. Com isso, verbera ele, que a democracia alicerça-se em duas bases, a saber, o poder supremo da maioria e a liberdade, já que a justiça consiste no princípio da igualdade fundada na opinião da maioria, pois a opinião deverá ser considerada suprema; portanto, o justo é a opinião da maioria.

Aristóteles, então, classifica como verdadeiro democrata àquele que se preocupa com a massa popular, para que essa não viva em penúria excessiva, já que isso é uma das perversões da democracia.

7 A MULTIPLICIDADE DE DEMOCRACIAS

Para Aristóteles não existe um só tipo de democracia. A democracia está talhada para esta ou aquela cidade, e enumera duas causas que explicam a existência de uma multiplicidade de democracias. A primeira deriva

dos diferentes tipos de facções populares, a saber, os agricultores, os artífices e os assalariados. E diz o Estagirita que se a primeira facção se juntar a segunda e a terceira se juntar aos outros dois não só ocorrerá na democracia uma diferença para melhor ou pior, mas também uma alteração para um outro tipo de democracia. A segunda causa é quando surgem combinadas as características que acompanham a democracia e que parecem ser os atributos próprios desse regime, as democracias ficam diferentes. Assim, ele entende que é útil conhecer detalhadamente cada uma das características da democracia para se estabelecer a mais desejável, seja em vista de correções que se pretendam introduzir⁴¹.

Então, termina o Estagirita por apontar de fato um erro no regime democrático, culpando os demagogos, que é aquele em que o povo é supremo no estabelecimento das leis, são os demagogos que cometem tal erro ao dividirem a cidade em duas facções e ao atacar a classe rica, quando, pelo contrário deveriam ter brio em defender os ricos⁴².

Por fim, Aristóteles chega a admitir que a democracia é um regime possível de ser adotado, ainda que esteja longe de ser a melhor ordem. Sempre que se dê demasiada importância à democracia tornar-se-á pior do que antes, acabando mesmo por nem sequer ser reconhecida como regime. Assim, alerta o Estagirita que o político e o legislador devem conhecer as medidas que preservam e destroem as democracias, mas acaba por dizer que a democracia só pode subsistir e conservar se houver o concurso dos ricos e populares. Agora, se houver uma repartição equitativa entre essas classes o regime deixa inevitavelmente de ser o mesmo, ou mesmo, se destruídas também está destruindo o regime que a instituiu.

8 CONCLUSÃO

Aristóteles estudou cento e cinquenta e oito Constituições gregas e bárbaras e queira estabelecer um quadro sistemático de um governo democrático sobre uma base histórica e institucional.

Define que a melhor comunidade política, aquela que não cobiça bens alheios, é a que provém das classes médias, servindo de contrapeso, dado pela mistura dos muitos ricos e dos muitos pobres, impedindo o aparecimento de extremos antagônicos.

Para definir melhor o que seja o regime democrático, Aristóteles diz que o governo é o elemento supremo em toda a cidade e o regime é, de fato, esse governo. Assim, para ele, nas constituições democráticas o povo é supremo do governo e do regime, pelo fato de formar a grande massa dos cidadãos, constituindo a multidão, e dado que a sua decisão será sempre a maioria, se fazendo assim suprema, e estar sintonizado no sentido de que todos devem possuir o mesmo em termos numéricos, identificando-se, assim, necessariamente, com uma democracia.

Aristóteles deixa transparecer que o exercício da cidadania é um dos pontos fortes da democracia e que somente haverá democracia sempre que as magistraturas forem dominadas por uma maioria de cidadãos livres e pobres.

Reside na liberdade o fundamento do princípio e do fim de toda a democracia. Para Aristóteles um dos atributos da liberdade é governar e ser governado em alternância⁴³. Sendo assim a justiça aparece como um dos atributos do espírito democrático, onde, tendo em conta o número de iguais o critério quantitativo prevalece sobre o critério qualitativo.

Para Aristóteles não existe um só tipo de democracia. A democracia está talhada para esta ou aquela cidade, e enumera duas causas que explicam a existência de uma multiplicidade de democracias. No regime democrático além dos números, entram elementos dispares como o nascimento, a fortuna, o mérito, a profissão, os grupos sociais, e as classes de ricos e pobres.

No esquema tipológico dos regimes governamentais, a democracia se reveste de figuras diferentes. Em comparação com Platão, o esquema de Aristóteles é mais positivo, porque é mais normativo.

Assim, o apanágio do regime democrático em Aristóteles reside no fato de crer que a liberdade e a igualdade para o povo, para a multidão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. Trad. de Therezinha M. Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 2002 (Coleção Os Pensadores).

_____. *Política*. Trad. de e notas Antônio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

_____. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosa. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores, vol. IV).

ARRENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Trad. de Mauro W. Barbosa de Almeida. 5. ed. 2. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2002.

BABBITT, Irving. *Democracia & Liderança*. Trad. de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks Editores, 2003.

BOBBIO, Noberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Trad. de Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

BOLLÉME, Genevière. *O Povo por Escrito*. Trad. de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

FABRE-GOYARD, Simone. *O que é democracia?* Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PLATÃO. *A República*. Trad. e notas de Maria Helena de Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e Força*. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. *Direito, Humanismo e Democracia*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

¹ (Demotika)

² *Política*, III, 1279b 10.

³ *Retórica*, II, 16, 1390b 32-1391 a 19.

⁴ *Política*, IV, 1295b.

⁵ A multidão deve-se ser entendida como sendo o “Povo”, pois no dizer de Geneviève Bollème (*O Povo por escrito*, p. 19) o povo se define como um conjunto, uma multidão que habita um lugar, uma cidade.

⁶ *Política*, IV, 1295 b 5.

⁷ *Ibidem*, IV, 1295 b 25.

⁸ *Ibidem*, IV, 1293a 5/10.

⁹ *Ibidem* IV 1296b 25

¹⁰ *Ibidem*, IV, 1295b 25.

¹¹ (Asphaleia)

¹² Cf. VASCONCELOS, Arnaldo, *Direito, Humanismo e Democracia*, p. 83.

¹³ *Ibidem.*, III, 1278b 10.

¹⁴ O ‘mesmo’ consiste precisamente no fato de os pobres não terem de modo algum mais poder do que os ricos, e de não serem eles a deter a autoridade exclusiva do regime, mas todos por igual em termo numéricos.

¹⁵ *Ibidem*, IV, 1291b 30.

¹⁶ Aqui, naturalmente, Aristóteles está a fazer referência a Platão (*República*, 562b c), quando este fala da democracia das antigas cidades-estados, estando a pensar particularmente no regime democrático de Atenas, sob o qual Sócrates foi executado. Eis o diálogo:

“- Porventura não é a ambição daquilo que a democracia assinala como o bem supremo a causa de sua dissolução?”

- Que bem é esse que dizer?

- A liberdade – respondi eu -. É o que ouvirás proclamar num Estado democrático como sendo a coisa mais bela que possui, e que, por isso, quem é livre de nascimento só deve nesse morar.

- Realmente ouviu-se muito amiúde essa palavra“.

¹⁷ Xenofanes, *hel.*, I, 7, 12.

¹⁸ O termo *psephisma* significa decreto. O que se distingue a lei (*nomos*) de um decreto é a sua qualidade normativa. A lei possui um caráter normativo universal o qual lhe permite discernir genericamente e com uma vigência perene, o decreto possui um caráter normativo casuístico que lhe permite regulamentar de forma temporário situações muito específicas. Aristóteles (*Ética a Nicômaco*, V, 10, 1137b 25) trata dessa matéria dizendo que o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça (...). *E essa natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade. E, mesmo, é esse o motivo por que nem todas as coisas são determinadas pela lei: em tomo de algumas é impossível legislar, de modo que se faz necessário um decreto.*

¹⁹ Demagogo era o dirigente popular que, pela sua influência, retórica, ou riqueza, assumia as aspirações e reivindicações da multidão. Era o condutor (proveniente da raiz *agogien*) do povo (da raiz *demós*).

²⁰ *Política*, IV, 1292a 5.

²¹ Aristóteles continua bem atual sob esse ponto de vista, pois hoje os meios de comunicação encontram-se em poder dos demagogos e aduladores. Não talvez na acepção da raiz da palavra, mas na forma de controlarem através da mídia o domínio de opinião sobre a multidão.

²² *Ilíada*, II, 204.

²³ *Política*, IV, 1292a 30.

²⁴ A classe popular é composta de agricultores, artesãos, mercadores e assalariados.

²⁵ A saber, democracia do tipo agrário.

²⁶ *Política*, 1338b 30/35.

²⁷ *Ibidem*, 1319b 5/15.

²⁸ *Ibidem*, 1319b 15/20.

²⁹ Nesse primeiro modo Aristóteles faz referência a Constituição de Telecles de Mileto. Referência essa totalmente desconhecida por ausência documental.

³⁰ *Política*, 1290b 15/20.

³¹ Para o filósofo a liberdade humana decorra da capacidade de cada indivíduo possuir em si próprio (e não em outrem) o fim da sua autodeterminação ética, cívica e política; todavia, esta condição não lhe confere a *fortiori* o direito de participar no exercício do poder política nas magistraturas de governo (*arkhai*), apenas nas de deliberação (*boulai*), e em determinados casos nas decisões judiciais (*dikai*).

³² Aristóteles entende que a comunidade política deva ser formada de governantes e governados. Estabelece esse trato na natureza humana, onde os mais jovens e os mais velhos são indivíduos da mesma espécie. Acha o Estagirita que os mais jovens devem ser governados e os mais velhos governar. Num certo sentido, tem que ser dito que governante e governado são os mesmo, mas noutro sentido, são distintos. (*Política*, VII, 1332b 10-15, 30-40; 1333a 5)

³³ Para Aristóteles a democracia é o governo do povo. Povo representa os homens livres e os pobres que constituem a maioria. Assim ele diz, que somente existe democracia sempre que os cidadãos livres detêm a supremacia. Sucede então que os pobres são em maior número, enquanto os ricos são em números escasso; *com efeito, se os cidadãos livres são muitos, são poucos os que possuem riqueza.* (*Política*, IV, 1290b).

³⁴ A virtude a qual se refere Aristóteles é a virtude moral do homem bom.

³⁵ Como se vê, nesse pressuposto, *encontra-se acenando o princípio do 'sufrágio universal' e do livre acesso de todos os cidadãos ao desempenho de cargos públicos, bandeiras reivindicadas pelos movimentos libertários e os revolucionários modernos, de inspiração iluminista.* (*Política*, p. 635).

³⁶ Presente neste passo os fundamentos embrionários do princípio da 'rotatividade' do poder em termos políticos, e da 'mobilidade' de funções públicas em termos administrativos, contraponíveis hoje ao princípio organizacional da especialização, e ao ato de fé e onipotência do Estado. (*Política*, p. 635).

³⁷ Aqui está um aspecto distintivo do elemento democrático, que é o fato de que um determinado cargo tenha resistido à antiga reforma, e para restringir o seu poder, a magistratura seja ocupada por sorteio em vez de eleição.

³⁸ Ou seja, relativas ao atentado que lesam o regime. (*Política*, p. 635).

³⁹ *Política*, VI, 1318a.

⁴⁰ O Estagirita chega a dizer que o período deva ser de seis meses no máximo.

⁴¹ Aristóteles está se referindo a certos intuítos democráticos (*demotika*) que acabam por comprometer à própria integridade da democracia, visto que a tentação de reduzir a experiência democrática, tal como a oligárquica, a um estado quimicamente puro, acaba por degenerar freqüentemente em tirania, ou seja, a violência e no arbítrio da maioria. Segundo Aristóteles, qualquer regime que pretenda atingir

uma estabilidade (*asphaleia*) suficiente para atingir os fins que persegue, não pode levar ao limite a aplicação unívoca e infalível dos seus princípios paradigmáticos. (*Política*, p. 635).

⁴² *Política*, V, 1310a .

⁴³ Aristóteles entende que a comunidade política deva ser formada de governantes e governados. Estabelece esse trato na natureza humana, onde os mais jovens e os mais velhos são indivíduos da mesma espécie. Acha o Estagirita, que os mais jovens devem ser governados e os mais velhos governar. Num certo sentido, tem que ser dito que governante e governado são os mesmo, mas noutro sentido, são distintos. (*Política*, VII, 1332b 10-15, 30-40; 1333a 5).

ABSTRACT

This article looks for to show what philosopher Aristóteles thought on the democracy us the aspects of the freedom, of the equality, of the people, of the popular mass, of the citizenship right, of the poverty, of the election of the magistrates, of the supreme element and of the deliberative function

KEYWORDS

Democracy. People. Freedom. Equality. Popular Mass. Citizenship.

RÉSUMÉ

Cette article cherche pour montrer ce que philosophe Aristóteles pensait sur la démocratie nous les aspects de la liberté, de l'égalité, des gens, de la masse populaire, du droit de la citoyenneté, de la pauvreté, de l'élection des magistrats, de l'élément suprême et de la fonction délibérative

MOTS-CLÉS

Démocratie. Gens. Liberté. Égalité. Masse Populaire. Citoyenneté.

NOTAS ACERCA DA NACIONALIDADE

Valeschka e Silva Braga*

1 Introdução. 2 Nacionalidade. 2.1 Conflitos negativo e positivo. 2.2 Brasileira. 2.3 Regime jurídico do estrangeiro no Brasil. 3 Nacionalidade x cidadania? 4 A cidadania européia. 5 Síntese conclusiva.

RESUMO

Faz-se, através deste trabalho, comentários acerca da nacionalidade, abordando o ordenamento jurídico nacional e de outros países, bem como a recente cidadania européia.

PALAVRAS-CHAVE

Nacionalidade. Ordenamento brasileiro. Direito comparado. Cidadania européia.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo traçar algumas considerações acerca da nacionalidade, sem a pretensão de ser original ou esgotar a matéria. A idéia principal é dar noções de como há diferenças substanciais relativamente à aquisição da nacionalidade, bem como suscitar a questão da *policidadania imprópria* criada pela instituição da União Européia.

Dada a exigüidade do presente trabalho, não abordaremos as questões relacionadas à perda da nacionalidade, ou mesmo polêmicas relacionadas às diferenças de condições impostas para a entrada e/ou permanência de estrangeiros em território de determinado Estado ou seus requisitos para a naturalização.

Para isso, fez-se necessária uma pesquisa em doutrinas e legislações nacional e estrangeira, bem como uma análise comparada de institutos jurídicos de outros países.

2 NACIONALIDADE

Convém, inicialmente, lembrar que o conjunto de nacionais de um Estado, forma o que chamamos de “povo” (conceito jurídico). Já o número total de pessoas que habitam determinado território é chamado de “população” (conceito meramente demográfico).

* Mestre em Direito Público pela UFPE, Aluna do curso “Diploma de Estudos Aprofundados” em Direito Público da Universidade Paris I – Sorbonne, Professora licenciada de Direito Constitucional I da Faculdade Christus, Advogada da União.

São considerados *nacionais* aqueles que o ordenamento jurídico do Estado define como tal. O vínculo de nacionalidade é jurídico e não depende da permanência do indivíduo dentro do território nacional.

Por outro lado, *estrangeiro* é todo aquele que não tem vínculo de nacionalidade com o país¹. Em virtude dessa ausência de relação de nacionalidade, os estrangeiros sofrem restrições relativamente ao usufruto de direitos políticos ou de exercício de atividades consideradas indispensáveis para a proteção da segurança nacional.²

Os nacionais, portanto, são os indivíduos que detêm vínculo jurídico indicador de que fazem parte de determinado Estado, mesmo que residam em outro país. Esse vínculo pode ser adquirido originariamente, na ocasião do nascimento (quer em virtude do local, quer em face da descendência) ou, em momento posterior, de forma secundária (ou derivada), pela naturalização.³

Há, basicamente, dois meios de aquisição da nacionalidade *originária*:

a) jus soli: por meio do qual se considera nacional aquele que nasce no território do país. Leva em conta, portanto, o local de nascimento.

b) jus sanguinis: que atribui a qualidade de nacional a todo aquele descendente de nacionais. Depende, pois, da nacionalidade dos respectivos genitores.

Releva lembrar que os requisitos para a naturalização (ou aquisição da nacionalidade derivada), bem como as formas pelas quais se perde a qualidade de nacional variam de um Estado para outro, de acordo com suas disposições constitucionais e/ou legais.

2.1 Conflitos negativo e positivo

Vale ressaltar que, em face da liberdade dos Estados de estabelecer os critérios para a aquisição de sua nacionalidade, poderá haver conflito negativo (quando nenhum dos países que alguém tem contato, pelo local de nascimento ou pela filiação o reconhece como nacional) e positivo (quando um ou mais países atribuem concomitantemente essa qualidade) em relação aos indivíduos. Na primeira hipótese, o indivíduo é denominado apátrida (*heimatlos*) e, na segunda, polipátrida⁴.

Exemplo de conflito positivo é do filho de italiano nascido no Brasil, sem que seu genitor esteja a serviço de seu país. Pela legislação brasileira, por ter aqui nascido, será considerado brasileiro nato, ao mesmo tempo que, pela italiana, que adota o *jus sanguinis*, será italiano nato (pelo simples fato de ser filho de detentor desta nacionalidade).

Por outro lado, ocorre conflito negativo, por exemplo, se uma brasileira, residente na Espanha, dá a luz a seu filho na Itália. Pela legislação espa-

nhola, o rebento não adquire sua nacionalidade, pela italiana também não (cf. item 3 deste artigo), ademais, a sua qualidade de brasileiro nato está condicionada à sua residência e opção posterior, conforme se verá no próximo tópico.

2.2 Brasileira

Na verdade, raramente um país acolhe de forma absoluta apenas um dos referidos critérios para aquisição de nacionalidade. O Brasil, por exemplo, adota o *jus soli* com abrandamentos. De fato, são considerados nacionais, a teor do art. 12, I, da Carta Magna de 1988, os:

a) nascidos no Brasil, desde que os pais estrangeiros não estejam a serviço de seu país (adota-se, portanto, o *jus soli*, mas *jus sanguinis*, parte final);

b) filhos de brasileiro(s) – mãe e/ou pai –, que esteja(m) fora do território nacional, mas a serviço do Brasil (*jus sanguinis*) ;

c) filhos de brasileiro – seja pai ou mãe –, desde que venham residir no país e façam opção pela nacionalidade brasileira, a qualquer tempo (*jus sanguinis*).⁵

Curioso destacar que ainda há autor renitente, entendendo que os pais podem registrar a criança em repartição competente brasileira e, nesse caso, é considerado brasileiro nato, independentemente de declaração posterior de vontade (mesmo após a alteração promovida pela EC n. 3/94).⁶ Entretanto, os consulados brasileiros não mais aceitam este registro, fornecendo apenas passaporte temporário aos apátridas filhos de brasileiro(s), até que atinjam a maioridade e possam optar pela nacionalidade de seus pais.

Já o art. 12, II, “a” e “b”, trata dos brasileiros *naturalizados*. São assim considerados os que optem pela nacionalidade brasileira e tenham deferido o seu pedido, na forma da lei, sendo exigido: 1) aos provenientes de países de língua portuguesa apenas a comprovação de estarem residindo no país por um ano ininterrupto e idoneidade moral; 2) aos estrangeiros de qualquer nacionalidade, a residência há mais de quinze anos no Brasil, sem qualquer condenação penal.

Releva salientar que a própria Constituição prevê algumas hipóteses de discriminação entre natos e naturalizados, admissível nos termos do art. 12, §2º⁷, *verbi gratia*: 1) para o exercício de determinados cargos (art.12, §3º⁸); 2) participação no Conselho da República, na qualidade de cidadão (art. 89); 3) participação em determinadas empresas (art. 222⁹).

Os portugueses com residência permanente no país, desde que haja reciprocidade em relação aos brasileiros, poderão ver a si atribuídos os mesmos direitos inerentes a estes, ressalvados os casos acima enumerados (art. 12, §1º, CF/88).

2.3 Regime jurídico dos estrangeiros no Brasil

Apesar da redação do art. 5º, CF/88, *caput*, também os estrangeiros não residentes no Brasil são abrangidos pela proteção dos direitos fundamentais. Afinal, a República Federativa Brasileira adota como: a) princípio básico em suas relações internacionais, a “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II); b) fundamento, a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), e c) objetivos fundamentais: “promover bem de todos, sem preconceitos de origem...” (art. 3º, IV).

Os estrangeiros, no entanto, possuem algumas limitações, além daquelas previstas para os brasileiros naturalizados – já mencionadas acima –, as previstas no art. 227, §5º (relativamente à adoção, cujos casos e condições serão estabelecidos por lei); art. 172 (referente à remessa de lucros decorrentes de capital estrangeiro e incentivo ao reinvestimento, que são disciplinados por lei); art. 176, §1º (no sentido de que a pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser efetuadas através de concessão ou autorização a brasileiros ou empresas constituídas sobre as leis brasileiras); art. 190 (limitações legais à aquisição e ao arrendamento de propriedade rural, quer seja pessoa física ou jurídica).

Por não poderem exercer direitos políticos (pois a eles é defeso o alistamento eleitoral, nos termos do art. 14, §2º, CF/88), também lhes é vedado, nos termos da nossa Constituição: o ajuizamento de ação popular (art. 5º, LXXIII); a participação em *referendum*, plebiscito (art. 14, I a III)¹⁰ ou iniciativa popular (cujas condições estão previstas no art. 61, §2º). No entanto, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98, podem exercer cargos, empregos ou funções públicas, na forma da lei, a teor do art. 37, I.

O estrangeiro sujeita-se à extradição, desde que não seja por crime político¹¹ ou de opinião (barreira contida no art. 5º, LII, da CF/88). Convém salientar que se define a extradição como “a transferência compulsória de um indivíduo de um Estado para outros, requerida por este último para que aí responda a um processo ou cumpra pena”.¹² Ela depende de: requerimento do Estado que a pretende, de o crime cometido não ter sido praticado no país extraditante e, ainda, de apreciação pelo STF (art. 102, I, “g”, CF/88).¹³ Difere da *deportação*, porque esta consiste no banimento de estrangeiro que ingresse ou permaneça irregularmente em território de determinado país, por iniciativa desse mesmo Estado.

Também possui diferença com a *expulsão* pois, nesta hipótese, o estrangeiro é afastado do território nacional em face do cometimento de delito ou infração que o torne inconveniente ao país (ex: ofensa à segurança nacional, à ordem política ou social, à moralidade pública ou à economia popular).¹⁴ A infração, deste caso, portanto, é cometida dentro do país expulsório e depende apenas de sua vontade.

Por outro lado, em hipótese alguma será permitida a *extradição de brasileiro*, salvo do naturalizado, por crime comum cometido antes da naturaliza-

ção, ou se for comprovado seu envolvimento no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (antes ou depois da naturalização), nos termos da lei (art. 5º, LI).

Desta forma, *brasileiro nato jamais poderá ser extraditado* para ser processado ou cumprir pena em outro país, ainda que venha um tratado internacional ser ratificado neste sentido.¹⁵

3 NACIONALIDADE X CIDADANIA?

Convém, rapidamente, abordar a delicada questão de saber se há alguma diferença entre nacionalidade e cidadania. Em alguns ordenamentos, as duas se confundem. De fato, conforme se extrai da definição de nacional constante da literatura jurídica francesa:

CIDADÃO(Ã) 1. Muitas vezes, sinônimo de nacional ou proveniente de um Estado. Ver também Sujeito [1. Muitas vezes sinônimo de nacional (especialmente nos países de regime monárquico: ex. sujeito britânico)]. 2. Pessoa que, em um Estado Democrático, participa no exercício da soberania, quer na democracia indireta, quer na eleição dos seus representantes, quer na democracia direta, para dar assistência à assembléia do povo.¹⁶

No Brasil, no entanto, nacionalidade e cidadania são conceitos diversos, não podendo, portanto, ser usadas como sinônimos, sendo uma pressuposto da outra. É que a primeira pode ser adquirida com o nascimento, enquanto a segunda possibilita o exercício de direitos políticos. Assim, um menor pode ser nacional, mas não “cidadão” brasileiro, pois não tem capacidade para participar das decisões políticas do Estado.

De fato, aos nacionais brasileiros, a cidadania ativa só é adquirida, facultativamente, aos 16 anos (art. 14, §1º, II, “c”, CF/88) e, obrigatoriamente, aos 18, nos termos do mesmo artigo (§1º, I). A capacidade para ser eleito está relacionada ao exercício passivo dos direitos políticos, ou seja, de ser votado e apenas se adquire de forma plena aos 35 anos – quando o indivíduo tem a possibilidade para ser eleito para Presidente da República e Senador, cf. dispõe art. 14, §3º, VI, “a”, da nossa *Lex Legum*.

Observe-se que o alistamento eleitoral é um dos requisitos para o exercício dos direitos políticos pelo *brasileiro*. Aliás, a própria Constituição expressamente prevê que aos estrangeiros é vedado o referido cadastramento e, por consequência, o exercício da cidadania (art. 14, § 2º).

Por outro lado, a *Constituição argentina* de 1994, ao fazer referência à obrigação, dos seus cidadãos, de defesa da pátria e da Constituição (art. 21), determina estarem os “cidadãos por naturalização” livres de tal ônus após o término de um período de 10 anos, contados da obtenção de sua “carta de cidadania”.¹⁷ Assim, considera o naturalizado como “cidadão”.

A mesma Carta Constitucional, em seu art. 20, determina que os estrangeiros possuem os mesmos direitos civis do “cidadão”, podendo exercer livremente a indústria, comércio ou profissão; possuir, comprar e alienar bens, navegar pelos rios e costas; exercer seu culto; bem como contrair matrimônio e fazer testamento. Ademais, não estão obrigados a naturalizar-se, mas podem fazê-lo através de comprovação de dois anos de residência contínua, podendo esse período ser reduzido pela autoridade solicitada se houver comprovação de serviços à República Argentina.¹⁸

A atual *Constituição italiana* prevê, por sua vez, também na linha de considerar cidadão o nacional: “art. 48 - São eleitores todos os cidadãos, homens e mulheres, que atingiram a maioridade”. Assim, eleitores são aqueles que podem votar, mas precisam antes ter a cidadania (= nacionalidade) italiana. Tanto é assim que em alguns dos dispositivos do referido texto magno, referem-se a “todos” ou “ninguém”, enquanto outros, que atribuem privilégios aos nacionais em face do estrangeiro, fazem referência a “cidadão”.¹⁹

O princípio que rege a posse da “cidadania” adotado pelo Estado italiano, é *jus sanguinis*, ou seja, por vínculo sanguíneo. A legislação²⁰, portanto, estabelece: é italiano filho de pai ou mãe italianos, devendo, para o reconhecimento dessa nacionalidade, fazer o registro competente.

O curioso é que se adquire a nacionalidade italiana em virtude de “herança” do(a) genitor(a), que pode até ter tê-la herdado do(a) avô(ó), que herdou do(a) bisavô(ó), com limite até a segunda geração.

O Reconhecimento da Cidadania de um filho de italiano(a), em síntese, é feito através somente da inscrição do Cidadão Italiano Residente no Exterior, no A.I.R.E. - *Anagrafe Italiani Residenti nell'Estero*, da circunscrição consular de competência.²¹

Assim, em vários países o exercício de direitos civis não depende da nacionalidade e esta chega a mesmo a se confundir com a cidadania, tendo em vista que para adquirir a qualidade de cidadão, o estrangeiro deve naturalizar-se. E em alguns ordenamentos é permitida a extradição de nacionais, como na Itália²² e em Portugal.²³

A *Constituição portuguesa*, aliás, prevê:

Artigo 4.º (Cidadania portuguesa):

São cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional.

Artigo 15.º (Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus)

1. Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.

2. Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham

carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.

3. Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática.

4. A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais.

5. *A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu.*

Assim, os lusitanos já se encontram preparados para reconhecer aos não-nacionais de seu país, desde que haja reciprocidade do seu Estado de origem, cidadania ativa e passiva, ou seja, de votarem e serem votados para cargos de autarquia locais, independentemente de sua nacionalidade originária, bem como para Deputados do Parlamento Europeu, aos provenientes dos Estados-Membros da União Européia.

A partir dessas considerações, já podemos abordar aspecto polêmico relativo à recente cidadania européia.

4 A CIDADANIA EUROPÉIA

O fenômeno da globalização possui algumas vertentes básicas: a cultural, em que se observa a facilitação das trocas de idéias artísticas, científicas ou de simples lazer; a horizontal, através da qual não se vêem mais tantas fronteiras entre a esfera pública e a privada; e dentre outras ainda, a que mais no interessa no presente momento: *a vertical, que consiste na invasão do Direito Internacional na ordem interna.*

Em matéria de Direitos Humanos, essa “invasão” sempre esteve mais clara, tanto é assim que a Constituição Federal de 1988 previu a inescotabilidade do rol de direitos fundamentais, bem como sua abertura para complementação por dispositivos de direito internacional, pois aquela enumeração prevista no art. 5º não exclui outros direitos que a República Federativa do Brasil venha a reconhecer através de tratados internacionais (parágrafo segundo).

Com o desenvolvimento da integração entre os países e a formação de blocos econômicos, observamos um crescente globalização vertical, *inclusive em matérias até então privativa dos Estados soberanos.*

De fato, o Tratado de Maastricht²⁵, assinado em 07/02/1992, que efetivamente veio a instituir a União Européia, o fez atribuindo-a a vários domínios²⁶ antes considerados exclusivamente estatais, tais como defesa, política externa, desenvolvimento tecnológico, *cidadania européia*, política monetária, moeda única, Banco Central Europeu e, ainda, a elaboração de uma Constituição Européia.

A amplitude dada a esse exercício compartilhado de soberania foi tamanha que as matérias suscetíveis de regulação pela União Européia chegam a abranger a essência ou raiz do Estado-Membro.²⁷

Segundo as disposições contidas desde o Tratado de Maastricht, e, ainda, o disposto no *preâmbulo* da Segunda Parte da futura Constituição Européia – se sua redação atual for devidamente ratificada pelo países-membros (a assinatura do respectivo tratado ocorreu em 29/10/04) – denominada Carta de Direitos Fundamentais da União:

Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção. A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um desenvolvimento equilibrado e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos serviços, das mercadorias e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento (destaque nossos).

Assim, apesar da coesão prevista no tratado, mormente com a criação de uma cidadania múltipla, pretende-se preservar as tradições e cultura de cada povo. Prova disso é que o direito de petição dos cidadãos perante o Parlamento Europeu poderá ser exercido em quaisquer das línguas da Constituição Européia, ou seja, a dos Estados-Membros (cf. art. I-10^o, “d”, transcrito no parágrafo abaixo).

Nos termos do atual projeto de Constituição, assinado no dia 29 de outubro de 2004:

ARTIGO I-10.^o

Cidadania da União

1. Possui a cidadania da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional, não a substituindo.
2. Os cidadãos da União gozam dos *direitos* e estão sujeitos aos deveres previstos na Constituição. Assistem-lhes:
 - a) O direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros;

- b) O direito de eleger e ser eleitos nas eleições para o Parlamento Europeu, bem como nas eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado²⁸ ;
- c) O direito de, no território de países terceiros em que o Estado-Membro de que são nacionais não se encontre representado, beneficiar da protecção das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado-Membro, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado;
- d) O direito de dirigir petições ao Parlamento Europeu, o direito de recorrer ao Provedor de Justiça Europeu e o direito de se dirigir às instituições e aos órgãos consultivos da União numa das línguas da Constituição e de obter uma resposta na mesma língua. Estes direitos são exercidos nas condições e nos limites definidos pela Constituição e pelas medidas adoptadas para a sua aplicação. (negrito nosso)

Cria-se, então, a figura do *polipátrida impróprio*, pois o indivíduo adquire originariamente uma nacionalidade individualizada, do seu país, e uma nacionalidade coletiva, por pertencer a Estado vinculado a uma outra pessoa jurídica de direito internacional.

Como se isso não bastasse, o nacional de um dos Estados-Membros pode votar e ser votado nas eleições municipais, sendo-lhe, portanto, garantido o exercício da cidadania em país diverso da sua origem, valendo lembrar que a maioria dos países que compõe a União Européia não possuem a obrigatoriedade do voto, embora seja tido como um dever cívico.

Isso significa dizer, então, que existe grande abertura participação integrativa dos nacionais de cada Estado-Membro na localidade de sua residência. Busca-se, assim, adaptar politicamente os indivíduos às suas comunidades da forma mais plena possível. Desta maneira, poderão optar pelos representantes que melhor defendam seus interesses e ideologias perante a comunidade circunvizinha, podendo eles mesmos ocupar cargos de representação local, já que elegíveis.

Uma das maiores polêmicas atuais, entretanto, está sendo a questão da legitimidade das decisões da União Européia. De fato, diversos países irão fazer perante seus cidadãos consulta em relação à aceitabilidade ou não do projeto de Constituição Européia (que é na verdade, um Tratado Internacional entre os Estados-Membros).

Nesse sentido, fala-se na exigência de governança democrática e subsidiariedade horizontal – que envolveria as relações diretas entre cidadãos e União Européia²⁹ –, ao lado da subsidiariedade vertical – referente à correspondência entre as deliberações desta e dos Estados-Membros.³⁰

Entretanto, se não houvesse a mínima preocupação com a igualdade entre os cidadãos europeus das várias nacionalidades, provavelmente a inici-

ativa de União entre os respectivos Estados naufragaria. Por isso, além da concessão da cidadania a todos os nacionais dos Estados-Membros, determina o referido projeto de Constituição a vedação a qualquer tipo de tratamento discriminatório entre os cidadãos europeus, em razão de sua nacionalidade:

PARTE I - TÍTULO I

DEFINIÇÃO E OBJECTIVOS DA UNIÃO

ARTIGO I-4.^o

Liberdades fundamentais e não discriminação

1. *A União garante no seu território a livre circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais, bem como a liberdade de estabelecimento, em conformidade com a Constituição.*

2. *No âmbito de aplicação da Constituição e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade (destaques nossos).*

Aos que se preocupam com a eventual criação de uma cidadania sul-americana para os países-membros do Mercosul, vale acrescentar breves considerações: 1) a formação da União Econômica Européia é única (e primeira) no mundo. Somente a observação de suas conseqüências poderá determinar se ela é exequível; 2) o fato de ser exequível no Velho Continente não implica da sua viabilidade na América Latina, em face das divergências – mesmo rivalidades – econômicas, sociais, culturais e ideológicas; 3) a integração da União Européia é bem mais intensa e ampla que a dos Estados sul-americanos, o que dificulta a nossa *cidadanização coletiva*, a não ser a longuíssimo prazo.

5 SÍNTESE CONCLUSIVA

1. Com este trabalho se fez uma análise sucinta acerca dos diferentes critérios para aquisição da nacionalidade, com o objetivo de ressaltar curiosidades da legislação brasileira e de algumas disposições estrangeiras (notadamente a italiana, em face do interesse por parte do grande contingente de imigrantes desta nacionalidade).

2. Observou-se, neste aspecto, que vários ordenamentos jurídicos equiparam nacionalidade e cidadania, enquanto o brasileiro as diferencia, explicitando no texto constitucional os requisitos para aquisição de cada uma delas, o que facilita, sensivelmente, o conhecimento pelo público em geral, leigo ou não, nacional ou estrangeiro.

3. Houve, ainda, a intenção de trazer a debate a questão da *policidadania imprópria* gerada pela criação da União Européia, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mesmo porque somente a experiência do dia-a-dia, até então favorável, vai determinar se os dispositivos previstos no Proje-

to de Constituição Européia serão exequíveis (se ratificados pelos Estados-Membros da EU).

4. Finalmente, convém destacar que a situação de desenvolvimento atual do Mercosul impede que se pense, no momento, em uma *cidadania comum*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

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

CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 3. ed. Paris: PUF, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Legislação estrangeira:

Constituição italiana, disponível em: http://www.ecco.com.br/cidadania/const_italiana.asp

Tratado referente ao projeto de Constituição Européia, disponível em: <http://europa.eu.int/futurum/forum_convention/documents/contrib/other/0100_r_pt.pdf

Tratados de Paris (1951), Rome (1957), Acte Unique (1986); Maastricht (1992) e Amsterdam (1997), disponíveis em <http://europa.eu.int>.

¹ Neste sentido, ver definição de nacional, bem como regime jurídico do estrangeiro: TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 520-38.

² Ex: antes da EC n. 6/95 havia proteção às empresas brasileiras e de capital nacional.

³ Ou mesmo pelo casamento com nacional de outro país, como ocorre, por exemplo, na França e em Portugal, cujos estrangeiros adquirem a correspondente nacionalidade ao se casarem com francês(a) ou português(a), respectivamente, atendidos, alguns requisitos mais simplificados (mas dependentes de pedido do interessado).

⁴ A situação de polipatria pode ocorrer, também, quando, um nacional contrai matrimônio com nacional de país que estende a nacionalidade ao cônjuge. Apesar do indivíduo manter a nacionalidade anterior, outra é adquirida “involuntariamente”, por consequência e não como finalidade (pelo menos se não houver fraude com o objetivo de permanência do país, como ocorre frequentemente nos EUA).

⁵ Antes da EC n. 3/94, somente se viessem residir antes da maioridade e, atingida esta, optassem pela nacionalidade brasileira, a qualquer tempo. Desta forma, diminuiu-se o rigor para essa aquisição superveniente de nacionalidade com a referida Emenda Constitucional.

⁶ Neste sentido, ver: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 469.

⁷ Art. 12: “§2º A Lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.” Observe-se que, fora as prescrições constitucionais, nenhuma outra discriminação é admissível: “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”

⁸ Presidente, Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, pessoal da carreira diplomática, oficial das Forças Armadas, Ministro da Defesa.

⁹ Só podem ser proprietários de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens os natos ou os naturalizados há mais de 10(dez) anos.

¹⁰ Cuja convocação depende da iniciativa exclusiva do Congresso Nacional, assim como a autorização para referendo (cf. art. 49, XV, CF/88).

¹¹ *Crime político* é aquele que, baseado em ideais nobres, o indivíduo pratica no sentido de contrariar determinada ideologia dominante em determinado Estado. Entretanto, não se pode considerar político aquele que leva a outras infrações mais graves. Ex: terrorismo, que mata inocentes para pressionar a facção oposta a realizar sua vontade política (independência, devolução de terras, etc.).

¹² BASTOS, *op. cit.*, p. 382. Confirma também: extradição - Lei n. 6.815/80 (conhecida como Estatuto do Estrangeiro) – arts. 76 a 94 e Regimento Interno do STF, arts. 207-214. Um dos casos mais conhecidos do público foi o da cantora e ex-apresentadora mexicana Glória Trévi, acusada de aliciamento de menores.

¹³ Para que haja a extradição, necessária a prévia manifestação do STF (RISTF, art.207) e a prisão e disposição do preso-extraditando ao Tribunal (art. 208), devendo permanecer preso até o julgamento final do pedido extraditório (art. 213). Vale ressaltar que o Presidente da República pode se manifestar desfavorável à extradição, que não se ultimar, apesar da decisão final do STF.

¹⁴ Sobre expulsão, v. artigos 65 a 75 do Estatuto do Estrangeiro. Exemplo desta medida foi aquela que se tentou aplicar ao jornalista norte-americano que sugeriu alcoolismo por parte do atual Presidente da República.

¹⁵ Lembre-se que os tratados, quando ingressam no nosso ordenamento jurídico, têm hierarquia de lei ordinária e não podem alterar o texto constitucional e, ainda, que não pode ser agravada a situação dos indivíduos, mas apenas melhorada por acréscimos posteriores no rol de direitos fundamentais.

¹⁶ CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 3. ed. Paris: PUF, 2002, p. 151 e p. 854. (tradução livre e inclusão de inserto acerca da definição de sujeito, constante do mesmo dicionário de linguagem jurídica).

¹⁷ Redação original: “*Artículo 21o.- Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el termino de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía.*”

Dispositivo curioso é o contido no “*Artículo 25o.- El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.*” (Depois de todas as negociações do Mercosul e tentativas de aproximação dos Estados da América Latina, não seria mais conveniente fomentar a imigração ou a livre circulação do indivíduos provenientes dos países deste continente?).

¹⁸ Redação original: “*Artículo 20o.- Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este termino a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.*”

¹⁹ Veja, especialmente, os artigos 13, 17, 18, 19, 21, 22, 24 e 25. Cf, ainda: “Art. 51 - Todos os cidadãos de ambos os sexos podem ter acesso aos órgãos públicos e aos cargos eletivos em condições de igualdade,

segundo os requisitos exigidos por lei. A lei pode, para a admissão nos órgãos públicos e nos cargos eletivos, *equiparar aos cidadãos os italianos não pertencentes à República*. Quem é chamado a exercer funções públicas eletivas tem direito de dispor do tempo necessário para o cumprimento das mesmas e de conservar seu posto de trabalho.” (tradução disponível em: <http://www.ecco.com.br/cidadania/const_italiana.asp> Acesso em: 02 out 2004, 14:57h.).

²⁰ Legge n. 91, de 5 febbraio 1992, e relativi regolamenti di esecuzione, introdotti con d.p.r. del 12 ottobre 1993, n. 572 e d.p.r. 18 aprile 1994, n. 362.

²¹ Segundo a “CIRCOLARE MIACEL n. 2 / 2001”: *Atti formati all'estero (Titolo IV) “L'autorità diplomatica o consolare deve ora trasmettere copia degli atti e dei provvedimenti relativi ai cittadini italiani formati all'estero individuando il comune competente secondo i criteri indicati, a cascata, nel predetto art. 17.”[...] Gli atti trascritti sono comunicati all'ufficiale di anagrafe del comune come prescritto dall'art. 6 della legge 24 dicembre 1954, n. 1228, con l'avvertenza che trattasi di atti trascritti ai sensi dell'art. 19 del DPR. L'ufficiale di anagrafe ne prende atto, ma non può, riguardo al loro contenuto, rilasciare certificazioni.* Mas, segundo informações apreendidas no site do Ministério Interno Italiano, os descendentes até o segundo grau devem comprovar, nos termos do da Lei nº 91, de 5/02/92 (art. 4): - “ - svolgendo il servizio militare nelle Forze Armate Italiane; - assumendo un pubblico impiego alle dipendenze dello Stato, anche all'estero; - risiedendo legalmente in Italia da almeno due anni al raggiungimento della maggiore età.”

²² Cf. Constituição Italiana: “Art. 26 - A extradição do cidadão somente pode ser permitida quando expressamente prevista pelas convenções internacionais. Em hipótese alguma pode ser admitida por crimes políticos.”

²³ De fato, segundo CANOTILHO (J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 212), a Revisão de 1997 diminuiu direitos, liberdades e garantias dos cidadãos portugueses e estrangeiros, relativamente aos pedidos de extradição (art. 35º/3): “Artigo 33.º (Expulsão, extradição e direito de asilo) 3. A extradição de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo.” Antes, assim como ocorre ainda no Brasil, os nacionais não podiam ser extraditados (no nosso caso, ressalvadas as hipóteses do art. 5º, LI, CF/88). Indica, ainda, o item 5 do mesmo dispositivo luso: “5. O disposto nos números anteriores não prejudica a aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da União Européia.”

²⁴ Segundo a Lei n. 37/81, é atribuída a nacionalidade portuguesa, de forma *originária* aos: (ARTIGO 1.º): “1-omissis: a) Os filhos de pai português ou mãe portuguesa nascidos em território português ou sob administração portuguesa, ou no estrangeiro se o progenitor português af se encontrar ao serviço do Estado Português; b) Os filhos de pai português ou mãe portuguesa nascidos no estrangeiro se declararem que querem ser portugueses ou inscreverem o nascimento no registo civil português; c) Os indivíduos nascidos em território português filhos de estrangeiros que aqui residam habitualmente há, pelo menos, seis anos não estejam ao serviço do respectivo Estado, se declararem que querem ser portugueses; d) Os indivíduos nascidos em território português quando não possuam outra nacionalidade. 2 - Presumem-se nascidos em território português ou sob administração portuguesa, salvo prova em contrário, os recém-nascidos expostos naqueles territórios.”

De acordo com a mesma lei, é possível, ainda, a aquisição da nacionalidade pela adoção, pelo casamento, pela opção dos filhos menores ou incapazes pela nacionalidade do naturalizado e pela naturalização.

²⁵ E todos os outros tratados fundamentais da União Européia, tais como: Paris, 1951; Rome, 1957; Acte Unique, 1986; Maastricht, 1992 e Amsterdam, 1997.

²⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 210.

²⁷ Ou “estatalidade” ou, ainda, soberania estatal, segundo a tradução feita por Canotilho do que os alemães chamam de *Straatlichkeit* (Loc. Cit.). Aliás, a Terceira Revisão da Constituição Portuguesa, promovida através da Lei Const. n. 1/92, de 25.11.92, foi quase exclusivamente voltada para adaptação do Texto Magno à nova realidade Comunitária.

²⁸ Esta mesma disposição aparece mais duas vezes na Segunda Parte (Carta de Direitos Fundamentais) do projeto de Constituição:

“CIDADANIA ARTIGO II-99.º Direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu

1. Todos os cidadãos da União gozam do direito de eleger e de serem eleitos para o Parlamento Europeu no Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

2. Os membros do Parlamento Europeu são eleitos por sufrágio universal directo, livre e secreto.

ARTIGO II-100.^o Direito de eleger e de ser eleito nas eleições municipais

Todos os cidadãos da União gozam do direito de eleger e de serem eleitos nas eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

²⁹ Nesse sentido, abriu-se grande espaço de participação cidadã na EU, através de alguns dispositivos do respectivo Projeto de Constituição:

ARTIGO II-101.^o Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;

b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;

c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas da Constituição, devendo obter uma resposta na mesma língua.

ARTIGO II-102.^o Direito de acesso aos documentos

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem direito de acesso aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União, seja qual for o suporte desses documentos.

ARTIGO II-103.^o Provedor de Justiça Europeu

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem o direito de apresentar petições ao Provedor de Justiça Europeu, respeitantes a casos de má administração na actuação das instituições, órgãos ou organismos da União, com excepção do Tribunal de Justiça da União Europeia no exercício das respectivas funções jurisdicionais.

ARTIGO II-104.^o Direito de petição

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro, goza do direito de petição ao Parlamento Europeu.

ARTIGO II-105.^o Liberdade de circulação e de permanência

1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros.

2. Pode ser concedida liberdade de circulação e de permanência, de acordo com a Constituição, aos nacionais de países terceiros que residam legalmente no território de um Estado-Membro.

ARTIGO II-106.^o Protecção diplomática e consular

Todos os cidadãos da União beneficiam, no território de países terceiros em que o Estado-Membro de que são nacionais não se encontre representado, de protecção por parte das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado-Membro, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

³⁰ Cf. site Active Citizen Network, disponível em: <http://europa.eu.int/futurum/forum_convention/documents/contrib/other/0100_r_pt.pdf> Acesso em 02 out 2004.

³¹ Também nesse sentido, encontra-se na Parte III, referente às políticas e funcionamento da União: TÍTULO II - NÃO DISCRIMINAÇÃO E CIDADANIA

ARTIGO III-123.º A lei ou lei-quadro europeia pode regular a proibição das discriminações em razão da nacionalidade, a que se refere o n.º 2 do artigo I-4.º.

ABSTRACT

This text presents comments on nationality, highlighting the juridical rules on the subject in Brazil and in other countries, as well as in the European Union, with their Citizenship of the Union.

KEYWORDS

Nationality. Brazilian Juridical Order. Comparative Law. European Citizenship.

RESUMÉ

On voit ici des commentaires sur la nationalité, avec un abordage sur l'ordre juridique brésilien et d'autres pays, ainsi que la récente citoyenneté européenne.

MOTS-CLÉS

Nationalité. Ordre Juridique Brésilien. Droit Comparé. Citoyenneté Européenne.

OBSERVAÇÕES SOBRE O SIGNIFICADO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE POLÍTICA*

Eric Millard**

1 Posição do problema. 2 A dificuldade do problema. 3 Delimitação do problema. 4 Usos do conceito. 5 A impossível significação no discurso normativo. 5.1 Utilização diversificada do termo. 5.2 Variabilidade do conceito. 5.3 Substitutividade do termo. 5.4 A utilização dúbia da expressão na Constituição Francesa. 5.5 Outros problemas sobre o significado da expressão. 6 Condições da construção de um conceito doutrinário. 7 O modo de pensar prescritivo. 7.1 Ineficácia atual da expressão. 7.2 Pressupostos e consequências. 8 A perspectiva da expressão sob o ponto de vista descritivo. 8.1 A recusa da idéia de responsabilidade jurídica. 8.2 A admissão do conceito: a responsabilidade política é uma categoria de responsabilidade jurídica. 9 É possível uma definição científica completa? 10 É ela um conceito *sui generis*? 11 Como construir este conceito? 11.1 A problemática sancionatória. 11.2 Ausência de ilícito jurídico propriamente dito. 11.3 A reintrodução, no âmbito jurídico, do ato ilícito e da sanção política. 12 Síntese conclusiva.

RESUMO

Este artigo trata das dificuldades que envolvem o significado da expressão responsabilidade política.

PALAVRAS-CHAVE

Análise crítica. Significado. Responsabilidade Política.

1 POSIÇÃO DO PROBLEMA

Este texto tem por único objetivo, independentemente de qualquer tentativa de construção teórica original, refletir sobre as significações que são trazidas pelo termo “responsabilidade política”, nos diferentes discursos a que se referem, e tentar mostrar quais são as condições, as conseqüências e os pressupostos do uso de tal expressão.

A responsabilidade política parece ter adquirido o caráter de uma evidência aos olhos de uma grande parte da doutrina jurídica – caráter este que não invalida a leitura da maioria da literatura dos cientistas políticos. Pode-se, para ilustrar, referir-se, com Christian Bidegaray e Claude Emery¹,

* Réplica de artigo publicado In: SÉGUR, Phillippe. *Gouvernants, quelles responsabilités?*. L'Harmattan, 2000, sob o título «Observations sur la signification juridique de la responsabilité politique».

** Professeur de droit public, Responsable du Master Droit Public à l'Université Paris-Sud 11 – Sceaux, autor de diversos livros e artigos jurídicos.

às duas afirmações ordinariamente admitidas nos estudos sobre a organização jurídica dos regimes políticos:

- a – Toda ação política supõe e demanda uma forma de responsabilidade;
- b – A forma moderna da ação política é a forma jurídica.

Destes dois enunciados, pode-se tirar, então (pelo menos implicitamente), uma conclusão aparentemente lógica:

c – Nos regimes políticos modernos, existe uma responsabilidade política dos governantes (as variações possíveis sendo « nos regimes políticos modernos, deve existir uma responsabilidade política», ou « um regime no qual não exista responsabilidade política não é um regime político moderno, pois não é um regime juridicamente organizado – um Estado de Direito”).

Refletir sobre o valor lógico real desta dedução, e notadamente, saber se os enunciados “a” e “b”, respectivamente, são exatos, e se, a partir desta suposta exatidão é logicamente possível inferir aproximando-os de uma das conclusões propostas, ultrapassa, amplamente, o propósito desta análise.

Pode-se dizer, simplesmente que, na verdade, a conclusão se apresenta mais freqüentemente como uma afirmação de bom senso que como um resultado verificável de uma argumentação teórica. De qualquer maneira, parece impossível apreciar a afirmação ou a conclusão se não dispusermos de uma significação à qual se possa remeter, nestes enunciados, a responsabilidade política. Deste ponto de vista, duvida-se que o termo seja suscetível de ser provido de uma só significação (é o que pretendemos demonstrar), mesmo se ele se reveste de um aspecto familiar para aquele que o usa ou que a ele se refere.

Efetivamente, não é um estudante que concluiu apenas um semestre de Direito Constitucional do primeiro ano de Direito que pode saber o que é a responsabilidade política. O conceito lhe parece evidente, como, reconhecemos, nos parece a nós que a ele o ensinamos. Ora, este sentimento intuitivo de evidência do conceito de responsabilidade política é, evidentemente, um sentimento enganador, do qual, tanto ele como nós devemos desconfiar e que é muito freqüentemente a fonte de equívocos no conhecimento do Direito.

2 A DIFICULDADE DO PROBLEMA

Eis onde reside a primeira e principal dificuldade que o conceito de responsabilidade política causa à Ciência Jurídica.

Toda ciência, toda filosofia é, inicialmente, uma crítica da língua. A língua de uma ciência não é a língua natural. Um conceito deve ter uma significação para que possamos estabelecer, com ele, um raciocínio verificável. O conhecimento do Direito, enquanto atividade científica, pressupõe então este trabalho crítico sobre os conceitos que ele utiliza.

Ora, a responsabilidade política da qual nós falamos aqui é, evidentemente, em primeiro lugar, um termo vago da língua natural comum (de lá vem o que nos parece familiar), suscetível, portanto, de remeter a múltiplas utilizações (utilização no contexto jornalístico, utilização no contexto político, etc.) e ainda ter várias significações: ele significará, em função do locutor e do local da locução, a responsabilidade parlamentar dos governantes; a responsabilidade penal dos ministros; ou outras coisas, ainda menos precisas, como um dever por parte dos que fazem a política de dever prestar contas, sem que os procedimentos, os motivos, as sanções ou os destinatários sejam mais precisamente identificados ou supostos.

Termo suscetível de ter, na língua natural, vários significados, a responsabilidade política é, por esta razão, suspeita de não poder ser provida, aos olhos das exigências da cognição jurídica, de nenhuma significação. Ela não se constitui, portanto, imediatamente um conceito jurídico, ao contrário.

3 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Caso se queira, desde logo, progredir, ou seja, tentar propor sobre o tema da responsabilidade política, ou das coisas que se queira assim designar, uma análise que seja realmente jurídica, que veicule outras coisas além das banalidades, dos “quase”, ou que é simplesmente mobilizado para expressar opiniões morais, filosóficas ou políticas, que não são em nada verificáveis (e, portanto, não têm seu lugar no processo cognitivo), deve-se desconfiar da falsa familiaridade de termos, tais como responsabilidade política, e se esforçar para cercar o conceito lógico, se ele existe, ao qual este termo remete no domínio jurídico.

Se ele existe, significa aqui simplesmente que não se pode colocar que o termo existe verdadeiramente, quer dizer, que exista um verdadeiro uso do termo. Tudo é aqui assunto de convenção e, tudo se precavendo de qualificar de responsabilidade política somente aquilo que pudesse nos convir (todos os usos não são equivalentes, pelo menos dentro da sua justificação potencial), é necessário admitir que os diferentes significados que o termo recebe (e, eventualmente, outros) podem ser pertinentes.

Mas, para evitar os debates inúteis, que não versam sobre a coisa que a responsabilidade política designaria ou sobre o próprio conceito, mas que estariam relacionadas a um desentendimento dos locutores sobre o sentido que eles dão à responsabilidade política (debate, evidentemente, intransponível: só se pode progredir a respeito do caráter do gato se formos, pelo menos, de acordo com aquilo que entendemos por gato), convém, senão concordar definitivamente sobre o que é a responsabilidade política, pelo menos precisar aquilo que entendemos exatamente pelo termo.

A exigência não é simplesmente teórica. Lê-se sobre os escritos de certos autores que o caso Lewinski conduziu a uma responsabilidade política

do Presidente Clinton, ao mesmo tempo que outros se insurgiram, qualificando esta responsabilidade como penal: o debate só tem interesse se uns e outros concebem aqui a mesma coisa como responsabilidade política. Ora, é claro que para os primeiros a responsabilidade política é um conceito amplo, incluindo uma forma de responsabilidade penal, desde que ela vise, em um regime político moderno democrático, a pessoa política, e que ela esteja engajada por motivos políticos, enquanto que, para os segundos, a responsabilidade política significa um procedimento específico que só está presente nos regimes que qualificamos como parlamentar, o que não é o caso dos Estados Unidos.

Posto nestes termos, o debate é inútil. Por um lado, duvida-se que haja lugar para o debate, porque as posições não são incompatíveis e que bastaria que cada um definisse sua concepção de responsabilidade política para que isto aparecesse claramente. Por outro lado, se persistimos na questão de saber se um ou outro tem razão em se referir ao conceito de responsabilidade política em sua argumentação, é impossível verificar uma das utilizações e adulterar a outra, pois não existe, *a priori*, um conceito verdadeiro de responsabilidade política.

4 USOS DO CONCEITO

Por esta razão, o primeiro trabalho crítico de uma análise jurídica da responsabilidade política exige que sigamos as diferentes significações que revestem o termo na linguagem do Direito, que mostremos seus pressupostos, que os classifiquemos, etc.

A este respeito, pode-se constatar que a responsabilidade política aparece, na linguagem jurídica, em diversos níveis. Ela pode ser, por um lado, um termo da língua normativa, isto é, um termo que aparece nos atos jurídicos (leis, constituições, decisões da Justiça, etc.) Por outro lado, a responsabilidade jurídica é, claramente, também, um conceito forjado ou utilizado pela doutrina jurídica, seja para descrever o Direito Positivo, seja para formular uma apreciação sobre este mesmo Direito Positivo.

É evidente que o termo não obedece ao mesmo estatuto, segundo o uso que se faz dele – prescrever/descrever – e de acordo com a posição do locutor – político/cognitivo. Compreender a significação jurídica da responsabilidade política determina que se siga também o uso, segundo uma grade de leituras das mais simples e das mais clássicas.

Proponho, então, começar por ver se a coisa pode ter uma significação dentro do próprio direito (o aparelho normativo), em seguida, ver se o conceito serve à Ciência do Direito. Direi algumas palavras, enfim, sobre o vínculo entre os conceitos jurídicos de responsabilidade política e de responsabilidade, que me parece, em última instância, ser a questão essencial do debate sobre a utilização do termo de responsabilidade política. É evidente

que só poderei, no espaço limitado que me é concedido, dar algumas pistas, evocar algumas hipóteses...

5 A IMPOSSÍVEL SIGNIFICAÇÃO NO DISCURSO NORMATIVO

Interesso-me, pois, inicialmente, pelo discurso jurídico propriamente dito, isto é, pelos atos jurídicos e pelas normas que eles veiculam. Meu questionamento é o seguinte: se encontramos nestes atos a expressão de responsabilidade política, o que ela significa exatamente e o que isto implica na construção de um discurso cognitivo de tipo dogmático/doutrinário?

Creio necessário situar e precisar metodologicamente a iniciativa a ser tomada, a fim de evitar todo mal-entendido. De um lado, trata-se de pesquisar se a língua normativa emprega, efetivamente, a expressão, e não de reconstituir teórica e interpretativamente um conceito predeterminado pela análise jurídica (o que será o tema do ponto seguinte do estudo).

A pesquisa é, assim, puramente, uma pesquisa empírica. Por outro lado, se encontramos esta expressão de responsabilidade política nas normas, não poderemos entender sua significação por substituição: é impossível fazer, em comparação com as normas, a pergunta: “o que é a responsabilidade política?” e respondê-la, substituindo à expressão responsabilidade política, uma resposta *a priori*.

Não se pode partir de um conceito pressuposto de responsabilidade política para conhecer o significado normativo da expressão, mas se deve referir ao conjunto dos enunciados nos quais a expressão responsabilidade política aparece – por exemplo, o enunciado “o governo é politicamente responsável” – indicando então as condições necessárias à verdade de tal enunciado (por exemplo, as condições processuais que permitem exaltar a responsabilidade, a sanção de um tal exortação, etc).²

5.1 Utilização diversificada do termo

Isto é fácil de entender, pois a norma não obedece a uma exigência de verdade. Sob algumas reservas, que têm uma relação de dependência com um sistema jurídico, ele mesmo, determinado, a autoridade normativa pode chamar o que ela quiser como responsabilidade política. Trata-se, então, de um ato de prescrição que, é claro, não obedece à lógica de um ato de cognição: especialmente, a utilização da língua não responde às mesmas exigências e a expressão responsabilidade política não leva, necessariamente, a uma coisa unívoca e claramente determinada.

De uma maneira geral as expressões da língua normativa podem ser equívocas, vazias de sentido, etc. Pode ser que este efeito seja procurado, explicitamente ou não por motivos políticos, ideológicos. Pode ser, também, que se trate simplesmente de uma consequência de uma ausência de rigor

na utilização do conceito jurídico – ao qual pretendemos nos referir – ou de conhecimento.

5.2 Variabilidade do conceito

Na realidade, para se convencer disso, basta observar que é perfeitamente concebível que dois textos diferentes, em dois sistemas jurídicos diferentes, empregam o termo responsabilidade política em condições processuais incompatíveis ou, no mínimo, amplamente diferentes. Por exemplo, pode-se muito bem ter uma norma N_1 do sistema S_1 que utiliza a responsabilidade política em condições de procedimento e de sanção que a assemelhe a uma responsabilidade coletiva do tipo parlamentar, enquanto que a norma N_2 do sistema S_2 poderá evocar a responsabilidade política, por exemplo, individual do Ministro perante o Chefe do Executivo.

A ocorrência do termo em si não nos ensina nada, pois este termo não designa uma realidade unívoca. E, para dizer a verdade, se a ocorrência intervém, observaremos que a expressão não designa coisa alguma. Conseqüentemente, isolar eventuais empregos normativos do termo responsabilidade política não nos ensina nada mais além do fato de que, em determinado texto, logo em determinado sistema, emprega-se o termo responsabilidade política (este emprego empiricamente constatado) e que neste mesmo texto, sem que se possa tirar vantagem de generalização, o termo é provido de tal significado (que se entende examinando as condições de sua validade). É claro, isto não é nada: sabe-se coisas sobre o sistema jurídico, pode-se proceder a classificações, a apresentações, a comparações. Mas isto não nos ensina nada sobre o conceito de responsabilidade política em si.

5.3 Substitutividade do termo

Isto não nos ensina nada porque, imediatamente, vamos comparar as condições de validade do emprego do termo com a grade que, dogmaticamente, construímos ou utilizamos (e que vem de um trabalho que não é um trabalho de constatação empírica sobre a utilização da expressão nas normas).

Diremos, então: em tal texto eis o sentido da responsabilidade política, logo, em tal texto, o termo é utilizado de acordo, ou não, com o que a doutrina ou uma parte dela, entende por responsabilidade política. Mas, nem o uso doutrinário, nem o uso normativo são tais que se possa, aproximando-os, apreciar a verdade do emprego normativo.

E para mostrá-lo ainda com mais evidência, pode-se, simplesmente, tentar substituir o termo responsabilidade política, como normativamente empregado, por um outro termo, qualquer que ele seja, por mais absurdo que possa parecer.

Veremos que, a despeito do absurdo aparente, a economia normativa não é afetada em nada por essa substituição (simplesmente porque substituir em uma norma não permite definir). Tomemos normas hipotéticas que disporiam assim:

- a) quando o governo exalta sua responsabilidade política, o parlamento vota sobre o programa político do governo;
- b) quando o parlamento questiona a responsabilidade política do governo, o parlamento vota sobre uma moção de censura;
- c) em caso de adoção da moção de censura, de acordo com uma maioria qualificada, ou em caso de rejeição do programa político do governo, este último deve pedir demissão.

Como já foi dito, o que importa nessas normas não é a ocorrência eventual do termo responsabilidade política, mas o fato de que os procedimentos precisos são previstos e que as normas indicam o que se passa quando elas são aplicadas. Por exemplo, se numa iniciativa do governo, o parlamento vota sobre a política geral do governo, que se encontra em minoria, o governo deve pedir demissão, ou que se o parlamento, por iniciativa própria, vota uma moção de censura de encontro à do governo, este deve pedir demissão.

Poder-se-ia assim, substituir, a responsabilidade política por qualquer expressão, por exemplo, Porcelana de Delft, que o significado da norma não mudaria.³ Ter-se-ia, assim, três normas hipotéticas, assim enunciadas:

- a) quando o governo exalta sua Porcelana de Delft, o parlamento vota sobre o programa político do governo;
- b) quando o parlamento questiona a Porcelana de Delft do governo, o parlamento vota sobre uma moção de censura;
- c) em caso de adoção da moção de censura, de acordo com uma maioria qualificada, ou em caso de rejeição do programa político do governo, este último deve pedir demissão...

Nós o vemos assim: pouco importa o que se põe como termo normativo mediano, este termo não preenche uma função lógica, mesmo se, é claro, ele tenha uma forte conotação ideológica, e pode muito bem aparecer, por outro lado, corretamente empregado a respeito de uma teoria doutrinária da responsabilidade política.

5.4 A utilização dúbia da expressão na Constituição francesa

Não analisei todos os textos de direito positivo, nem todos os textos antigos, mas me parece, por exemplo, muito significativo que os artigos 49 e 50 da Constituição de 1958 não utilizem este termo preferindo o de “responsabilidade do governo”, que fala sobre um programa ou sobre uma declaração de política geral.

É claro que se uma parte da doutrina vai, a partir disto, construir o conceito de responsabilidade política, o próprio texto fala simplesmente (aparentemente de forma mais precisa, designando o órgão) de responsabilidade do governo. É claro, também, que o termo político não tem a mesma significação quando doutrinariamente ele é associado à responsabilidade para qualificá-la e constituir, também com ela, um conceito e quando, normativamente, ele designa como aqui uma das modalidades a partir da qual o governo pode engajar sua responsabilidade.

Em compensação, a Constituição se serve expressamente dos termos de responsabilidade penal para designar um certo tipo de ação contra, por exemplo, o Presidente da República ou os Ministros (Título X). Sem ser determinante, essa comparação mostra usos extremamente diferenciados dessas expressões, enquanto elas nos parecem, conceitualmente, próximas e intuitivamente familiares.

5.5 Outros problemas sobre o significado da expressão

Concluindo, pode-se dizer que o discurso normativo não nos ensina nada sobre a responsabilidade política como tal, porque não seria esta a função da norma: o que deixa livre, de um certo modo, a doutrina se referir a este termo para designar alguma coisa, com a condição de precisar, assim, o que ela designa. Sem desenvolver um pouco mais, vemos um outro problema de significação que está ligado ao uso doutrinal.

6 CONDIÇÕES DA CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO DOUTRINÁRIO

A partir de agora, minha interrogação vai ser totalmente diferente: tratar-se-á simplesmente de saber se existe, e em quais condições de verdade lógica, um conceito de responsabilidade política, a partir do qual a doutrina presta contas do direito. De outra maneira, é preciso se perguntar se a responsabilidade política da qual os juristas falam subsume um certo número de feitos jurídicos empíricos, diversos porque depende de vários sistemas jurídicos, qualificados ou não, por esses sistemas de responsabilidade política, ou de qualquer outro nome, e como ela o faz.

Aqui ainda, devo começar por um certo número de pontos precisos. Inicialmente, é preciso lembrar que a doutrina não está obrigada a se referir a este conceito, e nós vimos que a ausência de significação normativa, *per se*, da expressão dá à doutrina a total responsabilidade do uso construtivo que ela faz.

Em seguida, convém dizer que a definição jurídica (que depende, então, da Ciência do Direito) da responsabilidade política é, necessariamente, estipulativa: ela surge com a construção do objeto pela Ciência do Direito.

A questão pertinente é, pois, saber: a qual construção corresponde essa utilização? Deve-se recorrer a ela com relação ao que se procura? Em relação ao que é, ou a que deve ser, a Ciência do Direito?

Conseqüentemente, é possível que, de acordo com os autores, o recurso ao conceito difira e dependa de diversos elementos para se revestir de múltiplas significações. Não tenho o propósito de preparar um catálogo do uso doutrinário. Gostaria, simplesmente, de mostrar tendências, para fazer perceber os riscos contidos na utilização do conceito. Resumindo, pode-se, então, distinguir em dois tempos: o contexto da utilização (prescritivo, descritivo) e qual é o significado dado por essa utilização (amplamente ou de maneira restritiva).

7 O MODO DE PENSAR PRESCRITIVO

Freqüentemente, constata-se que a doutrina adota uma atitude prescritiva. Ela parte de uma idéia *a priori*, seja do que é, em geral, a responsabilidade (em matéria política ou, mais amplamente, em todas as matérias jurídicas), seja do que devem ser as pressões que pesam sobre os governantes, por exemplo, em uma democracia, seja dos dois. A partir dessa concepção *a priori*, ela constrói um conceito de responsabilidade política.

É uma atitude ética, política, que visa fornecer um padrão de retidão a respeito do qual será apreciado o direito positivo (ao mesmo tempo em seu texto e em seu funcionamento). Esta atitude é, ao que me parece, aquela que adota Olivier Beaud em sua obra sobre o sangue contaminado⁴, ou ainda Philippe Ségur⁵ ou Christian Bidégaray e Claude Emeri⁶.

É claro que essa atitude leva a uma conceitualização e isto serve na Ciência do Direito. Essa abordagem autoriza uma definição de critérios objetivos da responsabilidade política, mesmo se, naturalmente, persistam debates sobre a identificação destes critérios em função do padrão adotado: critérios processuais (exaltação e sanção da responsabilidade política); critérios orgânicos (órgão sobre o qual pesa a responsabilidade política, reenviado, na maioria das vezes, ao governo).

7.1 Ineficácia atual da expressão

Mas, ao mesmo tempo, a vontade prescritiva pode deslocar o propósito longe das exigências da Ciência do Direito, e levar a uma simples apreciação política dos efeitos políticos do Direito.

Tal é o caso, me parece, quando se evoca abundantemente e contra a vontade o desuso da responsabilidade política: isto supõe de um lado que se tenha um modelo *a priori* do qual se constataria o desuso (geralmente os procedimentos do parlamentarismo clássico⁷); isto supõe ainda que o desaparecimento ou o recuo deste modelo *a priori* seja objeto de uma avaliação

política. O mesmo acontece quando, muitas vezes, destaca-se a ineficácia atual da responsabilidade política. Enfim, e sobretudo, este deslize inerente à atitude prescritiva é muito significativo quando, apresentando a responsabilidade política, damos a ele uma finalidade: geralmente assegurar o equilíbrio dos poderes.

7.2 Pressupostos e consequências

O que me parece, então, inspirar tais considerações é a idéia implícita de que existiria um modelo, senão perfeito, pelo menos melhor, de organização jurídica do poder: este modelo seria o regime parlamentar. É ele que estaria, inicialmente, comprometido com a responsabilidade política (encontra-se a idéia de equilíbrio entre poderes, de função da responsabilidade política na relação entre o parlamento e o governo); é para ele que deveríamos voltar (esta idéia está no centro do debate sobre a responsabilidade política e a responsabilidade penal dos governantes: Cf. Olivier Beaud); e é na medida deste regime que se julga os outros regimes (sobretudo o regime presidencialista). Evidentemente, em razão da relativa especificidade do regime da 5ª República, a iniciativa toma uma importância singular para a doutrina francesa atual.

A definição estipulativa da responsabilidade política tende, pois, a fornecer um critério de demarcação entre o regime parlamentar, que ela caracterizaria, evidentemente, e os outros regimes políticos que conheceriam, eventualmente, outras formas de responsabilidade dos governantes.

Ora, uma tal demarcação supõe duas coisas: de um lado, a unidade dos regimes parlamentares; de outro lado, a assimilação da responsabilidade política no jogo clássico da moção de censura e da questão de confiança. Deste ponto de vista, o primeiro tópico está para ser demonstrado (e o exemplo francês mostra pelo menos, que há diferenças entre regimes parlamentares). Quanto ao segundo, ele é fruto da definição e torna-se tautológico: se não há nenhuma dificuldade em conceituar a responsabilidade política como a subsunção dos procedimentos parlamentares clássicos (v. o ponto seguinte), não se pode tirar desta iniciativa estipulativa o caráter de uma verdade que impediria de ver além, uma responsabilidade política, por exemplo, no engajamento por motivo político da responsabilidade penal do Presidente dos Estados Unidos.

8 A PERSPECTIVA DA EXPRESSÃO SOB O PONTO DE VISTA DESCRITIVO

Quando, ao contrário, se depara com uma iniciativa de tipo exclusivamente descritivo, como aquela da qual reclama o positivismo, as coisas são um pouco mais complexas. Diferentemente da iniciativa prescritiva, não partiremos de uma conceitualização *a priori*, mas faremos antes por um movi-

mento indutivo, para avaliar se é possível subsumir sob o termo de responsabilidade política um certo número de procedimentos previstos pelo direito positivo e que envolvem os governantes. Aqui, as respostas são variáveis.

8.1 A recusa da idéia de responsabilidade jurídica

Para alguns autores, por exemplo, a equipe reunida por Louis Favoreu, não há necessidade de mobilizar o conceito, já que ele não tem utilidade na descrição do Direito Positivo: a responsabilidade política é ignorada enquanto conceito (a utilização moderada do termo remetendo ao uso da língua familiar) sem que isto afete em quer que seja o relatório dos procedimentos de controle sobre os governantes.⁸

Com efeito, de um lado, a abordagem é, então, mais orgânica que processual (descreve-se órgãos, seu estatuto, sua função); de outro lado, evita-se, voluntariamente, recorrer a qualquer conceito de responsabilidade política, pois recusa-se ver na minoria do governo e na obrigação de pedir demissão que se segue, uma sanção jurídica: não é, como se diz, a consequência da violação de uma regra.⁹

É, pois, a partir de uma teoria geral da responsabilidade (civil e outras) que uma parte da doutrina rejeita, mais ou menos definitivamente, o conceito de responsabilidade política.

8.2 A admissão do conceito: a responsabilidade política é uma categoria de responsabilidade jurídica

Outros autores vão menos longe no questionamento do conceito a priori de responsabilidade política: assim Georges Burdeau, Francis Hamon e Michel Troper reservam um lugar ao conceito. Mas a responsabilidade política é então tratada como um dos três casos de responsabilidade que pesam sobre os governantes (responsabilidade ministerial) ao lado da responsabilidade civil e penal¹⁰ (enquanto para a equipe de Louis Favoreu a responsabilidade dos governantes se opõe à responsabilidade civil e penal, tratada por outro lado).¹¹

É interessante observar que é também, a partir de uma teoria geral da responsabilidade que estes autores vêm no procedimento de engajamento o critério da responsabilidade política que permite distingui-la da responsabilidade civil ou penal. Isto supõe que estas três formas de responsabilidade podem ter a mesma finalidade (política) e versar sobre os mesmos atos.

A responsabilidade política é, pois, aqui no sentido jurídico, uma categoria da responsabilidade política no sentido político, que se define processualmente e que remete a um regime de tipo parlamentar. Os autores não escondem a ambigüidade da existência de dois procedimentos diferentes (até mais): a moção de censura (na qual o parlamento questiona a responsa-

bilidade política do governo); as questões de confiança (que permitem ao governo engajar sua própria responsabilidade política).

9 É POSSÍVEL UMA DEFINIÇÃO CIENTÍFICA COMPLETA?

Concluindo este ponto, pode-se constatar que a responsabilidade política dos juristas depende mais de uma teoria política, que de uma teoria jurídica. Ela serve para descrever o Direito, mas ela não é necessariamente teorizada já que o enunciado de critérios parece ser o aporte principal (critérios de identificação e de demarcação). Ela serve para julgar o Direito, em um processo de cognição mais ética que jurídica.

Uma interrogação permanece em suspense para a Ciência do Direito, se queremos teorizar a responsabilidade política, isto é, fazer dela um conceito jurídico. Pode-se pensar em fornecer uma definição estipulativa científica que não deixa de lado os regimes não parlamentares e a criminalização da vida política? Logo, ter uma teoria ampla da responsabilidade jurídica intervindo em matéria política?

10 É ELA UM CONCEITO *SUI GENERIS*?

Minha pergunta aqui é simples e se refere à própria construção de conceito. Enquanto a origem histórica inglesa se posiciona do lado do *trustee*, da confiança, a conceitualização da responsabilidade política não pode fazer economia, parece-me, de uma clarificação sobre seu vínculo com a própria idéia de responsabilidade

Assim, deve-se tentar ver o que é (ou pode ser) a este respeito a responsabilidade política dos juristas: é um conceito *sui generis*, sem relação com o conceito de responsabilidade geral (é de uma certa maneira a tese adotada pela equipe reunida por Louis Favoreu, mas também, em uma outra perspectiva, por Olivier Beaud?) ou é uma forma específica da responsabilidade jurídica (e vimos que é ao que levava a análise de Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper).

11 COMO CONSTRUIR ESTE CONCEITO?

De outra maneira, convém agora se perguntar a que remete a responsabilidade política quando um jurista diz que um ministro é ou não é, ou não é mais, politicamente responsável? O que ela significa? Como é ela construída?

Parece-me que a verdadeira questão jurídica está aí. Quero dizer que todos os nossos debates atuais sobre a criminalização da responsabilidade política, seu desuso, etc, dependem, em grande parte, da resposta que damos a essa pergunta. E que debater sobre isto, se nós não esclarecemos previamente este ponto, é um pouco inútil.

Lembremo-nos, por exemplo, que quando Raymond Carré de Malberg escrevia que a responsabilidade penal dos ministros era a busca da responsabilidade política, ele queria simplesmente dizer que no âmbito processual que faz intervir um juiz especial e subtrai o política no Direito comum, as noções em causa são providas de uma significação totalmente diferente daquela que se atribui à responsabilidade ordinária ou geral.

É, pois, em função da resposta que nós damos à esta questão das relações entre responsabilidade política e responsabilidade geral, como conceitos doutrinariamente construídos, isto é, em função da maneira pela qual nós estipulamos o conceito de responsabilidade política, que vamos reter tal ou tal apresentação do direito positivo. Não que toda apresentação seja necessariamente correta (outros elementos, que não vou lembrar aqui, intervêm) mas que diversas posturas são suportáveis com a condição de serem assumidas (isto é, com a condição de assumir suas implicações e a lógica).

11.1 A problemática sancionatória

O que está aqui em jogo é o lugar, não simplesmente do procedimento (o que é apreendido como o elemento chave na procura de um critério da responsabilidade política), mas, imediatamente, a questão da sanção e do eventual ato ilícito. É claro que esta questão que remete, em aparência, muito intensamente à idéia de um julgamento moral sobre uma ação política, e à idéia, também moral, de que aquele a quem foi confiado um poder, ou uma função, deveria prestar contas, foi fortemente, em um primeiro momento, limitada pela análise científica. Mas ela não pode ser totalmente expulsa da problemática e ao contrário, contribui para esclarecer com a condição de ser colocada em termos jurídicos.

11.2 Ausência de ilícito jurídico propriamente dito

A idéia geral que prevalece, de agora em diante, na doutrina jurídica é que no caso da responsabilidade política, não há falta no sentido jurídico. E, conseqüentemente, não é possível caracterizar juridicamente o conceito de responsabilidade política pela dupla ato ilícito-sanção, como seria o caso em matéria de responsabilidade geral. O conceito de responsabilidade política, conceito *sui generis*, seria assim totalmente cortado da lógica da responsabilidade jurídica.

Não há ato ilícito em matéria de responsabilidade política, de acordo com esta análise, porque o ato ilícito, no sentido político, pressuporia a própria violação de uma regra jurídica. Ora, a sanção que é dada pelo voto do parlamento, por exemplo, que obriga juridicamente o governo a se demitir, não é senão a constatação jurídica de que uma regra não foi respeitada, mas a afirmação de que o governo não encarna mais as opções políticas que o parlamento pretende fazer respeitar.

A sanção dada, politicamente, por autoridades políticas e por motivos políticos, será pois uma sanção puramente política. Por esta razão, ela conhece um regime jurídico especial (os procedimentos específicos, particularmente os procedimentos que caracterizam o regime parlamentar). Esta tese, doravante clássica, constrói a responsabilidade política como um conceito específico totalmente distinto das responsabilidades civil, penal ou administrativa, por exemplo.

Está na lógica dessa construção criticar a criminalização da justiça política, isto é, a intervenção do procedimento ordinário (mais ou menos ordinário) e dos juizes do direito comum (mais ou menos comum) no processo da sanção política.

Esta tese, esta construção específica leva a várias conseqüências lógicas, que nem sempre são admitidas ou dominadas pelos adeptos dessa construção e que são, então, fontes de inúmeras ambigüidades na utilização e significação do conceito. Citarei duas que defendem que a aparente vontade de proceder à construção do conceito independentemente da idéia de ato ilícito não está totalmente declinada, e traz paradoxalmente uma negação de ato jurídico ilícito para melhor reintroduzir, por um curioso retorno, uma concepção mais moralizante do ato ilícito, que a análise jurídica pretendia combater.

Uma primeira conseqüência, bastante extremista e muito pouco mobilizada¹², é que o conceito se encontra tão mineralizado com relação à lógica da própria responsabilidade, que se pode perguntar se ainda é oportuno, de um ponto de vista dogmático, recorrer a ele.

Por que então manter a utilização do termo de responsabilidade política se a própria definição do conceito se faz sobre o axioma de que esta responsabilidade política nada tem a ver com a responsabilidade? Não é senão, por equívoco, ou por razões ideológicas (visando reclamar esta responsabilidade política ou, mais exatamente, manter a idéia de ato ilícito, de uma sanção que se sabe ser jurídica e fazê-la assim beneficiar-se da bagagem legitimamente ligada à idéia da própria responsabilidade).

E, já dissemos, pode-se muito bem descrever os procedimentos jurídicos que se pretende subsumir sob o conceito específico de responsabilidade política sem dever referir-se a este conceito, estipulativo. Referir-se a ele nunca é neutro e não pode jamais pretender-se como tal, particularmente quando se faz suas essas premissas...

Uma segunda conseqüência está ligada à caracterização assim operada da responsabilidade política por um sistema processual, o regime parlamentar. Dizer que são os procedimentos específicos do regime parlamentar que fazem com que haja responsabilidade política supõe que o desaparecimento ou a mutação do regime político considerado possa causar, sem que haja cientificamente nada a dizer, o desaparecimento da responsabilidade

política. A este respeito, há ainda alguma ambigüidade à defender, a todo preço, para a manutenção do conceito fora deste sistema original. O que parece, então, ser um jogo na utilização deste conceito *sui generis* não é tanto a responsabilidade do político, mas a vontade de solidificar esta em um procedimento predefinido e, logo, de limitar a liberdade política da organização jurídica.

11.3 A reintrodução, no âmbito jurídico, do ato ilícito e da sanção política

Ao contrário desta tese clássica, é também possível afirmar que a responsabilidade política é um tipo de responsabilidade. É preciso, caso se adote esta posição, – que não é nem menos, nem mais pertinente, mas simplesmente diferente – possível reintroduzir juridicamente a noção de ato ilícito e de sanção.

O que é então a aceção de ato ilícito e da suposta violação da regra do direito? *Prima facie*, pode-se dizer que na época em que existe para a administração, até mesmo para o particular, uma responsabilidade de tipo objetivo, não há nada de original e extraordinário em conceber a idéia de uma sanção jurídica independentemente de ato ilícito. Se o argumento classicamente evocado fosse somente este, creio que não haveria nenhuma dificuldade. Ora, na realidade, diz-se que a sanção jurídica, mesmo independentemente de um ato ilícito, reside sempre na violação de uma regra de direito. A afirmação mereceria uma longa análise.

Mas, com efeito, pode-se dizer que quando o juiz sanciona juridicamente um comportamento, quer tenha havido ato ilícito ou não, é porque este comportamento seria diretamente contrário a uma diretriz do direito¹³ ou porque o juiz se julga investido do poder de apreciar diretamente um comportamento.

O primeiro caso é aquele, por exemplo, da violação de uma regra penal, que o juiz sanciona. O segundo é aquele em que o juiz, por exemplo, vai considerar que tal comportamento do pai é contrário ao interesse do filho. Nos dois casos, *a posteriori*, considerar-se-á que há a sanção jurídica de um ato ilícito que é, seja de não ter respeitado a diretriz, seja de não ter apreciado corretamente o interesse do filho.

A afirmação de que só haveria sanção no caso da violação da regra de direito é uma maneira, sem dúvida um pouco rápida, de remeter a estas duas situações; se não fosse o caso, ela não corresponderia à realidade do direito positivo.

É preciso então se perguntar se a situação difere em matéria de responsabilidade política. Não acredito.

Pode-se, assim, dizer – e reintroduzir-se-á, caso se deseje, a idéia, ainda que ela não seja necessária – reencontrando a própria definição do político, que em um regime parlamentar (por exemplo), os governantes têm

por obrigação continuar a receber a confiança da assembléia. É um contrato (prefiro o termo inglês *trustee*, difícil de devolver, mas que mostra que a assembléia investe o governo de sua confiança, mas é suscetível retirá-la a qualquer momento sem ter que se justificar, como em uma relação de depósito bancário¹⁴) entre governantes e assembléias.

O governo deve conservar esta confiança que é o fundamento jurídico de seu poder. Aquele que perde esta confiança comete uma falta no sentido jurídico e sua sanção jurídica reside na perda do poder. Não encontrando erro, poder-se-á muito bem dizer que a assembléia está habilitada, juridicamente (pela Constituição), para apreciar soberanamente se o governo governa segundo suas idéias. Encontramos dois eixos da sanção jurídica acima citadas: o desrespeito de uma diretriz (Código Penal, ou *trust*), a sanção por diferença de apreciação pela autoridade jurídica (o juiz, a assembléia).

O essencial, pois, é pôr em evidência o que não causa dificuldade particular, que este mecanismo de responsabilidade está previsto pelo direito. A este respeito, não é juridicamente original que se substitua ou se acrescente, eventualmente, a esta forma processual uma outra forma no âmbito de uma outra prescrição normativa.

E deste ponto de vista, partindo dessa concepção do poder político, pode-se generalizar a responsabilidade política a qualquer tipo de responsabilidade do político, já que é uma forma de responsabilidade cuja originalidade vem do contexto político que ela apreende, logo à finalidade política. Dependem logicamente da responsabilidade política definida estipulativamente desta maneira, a moção de censura como a questão de confiança, as comissões parlamentares, como a responsabilidade penal, em regime presidencial ou em regime parlamentarista ou, ainda, em outros regimes.

Do mesmo modo, não há nenhum motivo para não considerar como forma de responsabilidade política, assim determinada, a dissolução da câmara ou a reeleição (ou a ausência de reeleição) do pessoal político. A cada vez se observará uma sanção vinda de um órgão político (incluído o corpo eleitoral) para um outro órgão político por motivos políticos. E a cada vez se encontrarão os eixos da sanção jurídica.

Não há então nenhum motivo se partimos destas premissas para se reservar o conceito de responsabilidade política ao regime parlamentar. A responsabilidade política é, nesta lógica, a responsabilidade do político, qualquer que seja e quaisquer que sejam suas formas. Ela unifica procedimentos jurídicos muito diversos, enviados a segundo plano em uma análise global do político.

12 SÍNTESE CONCLUSIVA

O conceito de responsabilidade política é, desta maneira, um conceito puramente doutrinário. Ele não é provido de nenhuma significação verdadei-

ra, e é estipulativamente construído. Para que debates jurídicos sobre este conceito possam ser evitados ou regulados, deve-se se ater simples e rigorosamente a uma análise lógica das teorias que constroem o conceito. Tomado como um conceito específico, ele designa, essencialmente, os procedimentos do regime parlamentar, mas não há, então, nenhuma razão de devolver à idéia de responsabilidade e sua utilização põe, necessariamente, em movimento considerações metajurídicas. Tomado como declinação da responsabilidade, ele designa logicamente toda forma de responsabilidade do político, independentemente das técnicas que a realizam juridicamente e se pode perguntar se ele designa ainda, realmente, qualquer coisa de juridicamente preciso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEAUD, O. *Le sang contamine*. Paris: PUF, 1999.
- BIDEGARAY, Christian & EMERI, Claude. *La responsabilité politique*. Paris: Dalloz, 1998.
- BURDEAU, G.; HAMON, F. & TROPER, M. *Droit Constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1997.
- COHENDET, Marie-Anne. *La cohabitation*. Paris: PUF, 1993.
- FAVOREU, L.; Gaïa, P. ; GHEVONTIAN, R.; *et alli*. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1998.
- GARCIA, Eloy. *Estudia Preliminar à la Lógica Parlamentaria, o de las reglas del buen parlamentario*. In: HAMILTON, W. G. *Parliamentary Logick*. Textos Parlamentarios Clássicos. Madrid, 1996.
- HART, H. L. A. *Definition and Theory in Jurisprudence*. Oxford, 1953.
- ROSS, A. *Definition in Legal language*. *Logique et Analyse*, Bruxelles, août 1958, p. 139 e ss. (trad. francesa, in: Matzner, E. *Droit et langues étrangères: concepts, problèmes d'application, perspectives*. Presses Universitaires de Perpignan, 2000).
- ROSS, A. *Tû-Tû*. Trad. E. Millard et E. Matzner. Marseille: Enquête, 1999.
- ROSS, Alf. *Directives and Norms*. Londres: Routledge, 1968.
- SEGUR. *La responsabilité politique*. *Que-sais-je?* n. 3294. Paris: PUF, 1998.

¹ BIDEGARAY, Christian & EMERI, Claude. *La responsabilité politique*. Paris: Dalloz, 1998.

² Comp. HART, H. L. A. *Definition and Theory in Jurisprudence*. Oxford, 1953. Cf., ainda: ROSS, A. *Definition in Legal language*, *Logique et Analyse*, Bruxelles, août 1958, p. 139 e ss. (tradução francesa, in: Matzner, E. *Droit et langues étrangères: concepts, problèmes d'application, perspectives*. Presses Universitaires de Perpignan, 2000).

³ Sobre esta análise, cf. ROSS, A. *Tû-Tû*. Trad. E. Millard et E. Matzner. Marseille: Enquête, 1999, p. 263 e ss.

⁴ Beaud, O. *Le sang contamine*. Paris: PUF, 1999.

⁵ Ph. Ségur. *La responsabilité politique*. Que-sais-je? n° 3294. Paris: PUF, 1998.

⁶ *Loc. cit.*

⁷ Ou, pelo menos, o recurso explícito a esses procedimentos. E não é meu propósito aqui, mas notemos, de qualquer forma, que há ingenuidade, para não dizer mais, em ver o desuso dos procedimentos parlamentares de responsabilidade política (assim definidos) sob o pretexto de que não há maioria política na Assembléia, que os motivos de censura são raramente adotados, e que a questão de confiança é votada geralmente. De uma parte, é ignorar totalmente a idéia de ameaça e de economia no sistema: como explicar juridicamente e politicamente as tolerâncias ideológicas, por exemplo, senão pela responsabilidade política efetiva do governo, e o excelente conhecimento da mecânica de certa responsabilidade pelos atores políticos? Falar, então, de desuso e incompreensão: é bem o inverso do que ele trata. Cf. sobre esse ponto as análises importantes de Marie-Anne Cohendet, notadamente: *La cohabitation*. Paris: PUF, 1993. Como, de outra parte, se prender a um discurso – não jurídico, efetivamente – que tende a valorizar o parlamentarismo através da responsabilidade política, e julgar que ele há desuso desta responsabilidade política não se traduz pela queda dos governos? É o parlamentarismo que nós conhecemos politicamente valorizado ou a instabilidade parlamentar? Há às vezes, atrás dos lugares comuns, lógicas implacáveis...

⁸ FAVOREU, L.; Gaïa, P.; GHEVONTIAN, R.; e outros. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1998. « La responsabilité politique est évoquée de manière générale en 5 lignes (n° 944) ; puis annoncée pour décrire le parlement sous la Vème République, elle devient responsabilité du gouvernement, reprenant les termes de la constitution de 1958. Il n'y a pas de théorie générale de la responsabilité politique ».

⁹ *Id. Ibidem*, n. 988.

¹⁰ BURDEAU, G.; HAMON, F. & TROPER, M. *Droit Constitutionnel*. Paris : Dalloz, 1997, p. 355. Cf., ainda, p. 115-116.

¹¹ FAVOREU, *op. cit.*, n. 944 e 946.

¹² V., no entanto, L. Favoreu et *alii*, *op. cit.*

¹³ Sobre as diretivas do Direito : V. ROSS, Alf. *Directives and Norms*. Londres: Routledge, 1968, p. 34 e ss.

¹⁴ Sobre esta origem do *trust*, V. notadamente os trabalhos esclarecedores de Eloy Garcia, e, particularmente: *Estudia Preliminar à la Logica Parlamentaria, o de las reglas del buen parlamentario*. In: HAMILTON, W. G. *Parliamentary Logick. Textos Parlamentarios Clásicos*. Madrid, 1996.

ABSTRACT

The article deals with the difficulties involving the meaning of the idea of political responsibility.

KEYWORDS

Critical analysis. Meaning. Political Responsibility.

OBSERVATIONS SUR LE SIGNIFICATIF JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITÉ POLITIQUE*

Eric Millard**

1 Position du problème. 2 La difficulté du problème. 3 Delimitation du problème. 4 Usages du concept. 5 L'impossible signification de la responsabilité politique. 5.1 Usage varié du terme. 5.2 Variations du concept. 5.3 Substitutivité du terme. 5.4 L'usage douteux de l'expression dans la Constitution française. 5.5 D'autres problèmes sur le significatif de l'expression. 6 Conditions de la construction d'un concept doctrinale. 7 Le mode de pensée prescriptif. 7.1 Inefficace actuelle de l'expression. 7.2 Présupposés et conséquences. 8 La perspective de l'expression par rapport au point de vue descriptif. 8.1 Refuse de la conceptualisation par la doctrine. 8.2 L'admission du concept: la responsabilité est une catégorie de responsabilité juridique. 9 C'est possible une définition scientifique complète? 10 Est-il un concept *sui generis*? 11 Comment construire ce concept? 11.1 La problématique sanctionnaire. 11.2 L'absence d'illicite juridique proprement dit. 11.3 La réintroduction, dans le domaine juridique, de la faute et sanction politique. 12 Synthèse conclusive.

RÉSUMÉ

Cet article parle des difficultés sur les significations de l'expression responsabilité politique.

MOTS-CLÉS

Analyse critique. Signification. Responsabilité politique.

1 POSITION DU PROBLÈME

Ce texte a pour unique objet, indépendamment de tout essai de construction théorique originale, de revenir sur les significations qui sont portées par le terme de « responsabilité politique » dans les différents discours qui s'y réfèrent, et d'essayer de montrer quelles sont les conditions, les conséquences et les présupposés d'un tel usage.

La responsabilité politique semble avoir acquis le caractère d'une évidence aux yeux d'une grande partie de la doctrine juridique - caractère que n'infirme pas la lecture de la plupart de la littérature politiste. On peut, pour l'illustrer, se référer, avec Christian Bidegaray et Claude Emery¹, aux

* Article déjà publié dans: SÉGUR, Philippe. *Gouvernants, quelles responsabilités?*. L'Harmattan, 2000, sur le titre « Observations sur la signification juridique de la responsabilité politique ».

** Professeur de droit public, Responsable du Master Droit Public à l'Université Paris-Sud 11 - Sceaux, auteur de divers livres et articles juridiques.

deux affirmations communément admises dans les études portant sur l'organisation juridique des régimes politiques:

a – Toute action politique suppose et appelle une forme de responsabilité;

b – La forme moderne de l'action politique est la forme juridique.

De ces deux énoncés, on tire alors (au moins implicitement) une conclusion apparemment logique:

c – Dans les régimes politiques modernes, il existe une responsabilité politique des gouvernants (les variantes possibles étant « dans les régimes politiques modernes, il doit exister une responsabilité politique », ou « un régime dans lequel il n'existe pas de responsabilité politique n'est pas un régime moderne, donc n'est pas un régime juridiquement organisé — un Etat de droit »).

Réfléchir à la valeur logique réelle de cette déduction, et notamment savoir si les énoncés « a » et « b », respectivement, sont exacts, et si, à partir de cette exactitude supposée, il est logiquement possible d'inférer en les rapprochant l'une des conclusions proposées, dépasse très largement le cadre de cette intervention.

On peut dire, simplement, que la conclusion se présente en vérité plus souvent comme une affirmation de bon sens que comme le résultat vérifiable d'une argumentation théorique. Quoi qu'il en soit, il paraît impossible d'apprécier l'affirmation ou la conclusion si l'on ne dispose pas d'une signification à laquelle renvoie, dans ces énoncés, la responsabilité politique. De ce point de vue, il est douteux que le terme soit susceptible d'être pourvu d'une seule signification (c'est ce que l'on s'emploiera à démontrer), même s'il se pare volontiers d'un aspect familier pour celui qui en use ou s'y réfère.

Effectivement, il n'est pas un étudiant qui a suivi ne serait-ce qu'un semestre de Droit Constitutionnel en 1^{ère} année de Droit, qui n'est supposé savoir ce qu'est la responsabilité politique. Le concept lui paraît d'évidence, comme, reconnaissons-le, il nous apparaît à nous qui le lui enseignons. Or ce sentiment intuitif de l'évidence du concept de responsabilité politique est évidemment un sentiment trompeur, dont il faut, lui comme nous, nous méfier, et qui est trop souvent la source de méfaits dans la connaissance du Droit.

2 LA DIFFICULTÉ DU PROBLÈME

Car là est à mes yeux ce qui importe le plus, là réside la première et principale difficulté que pose le concept de responsabilité politique à la Science Juridique.

Toute science, toute philosophie est d'abord une critique de la langue. La langue d'une science n'est pas la langue naturelle. Un concept doit y avoir une signification pour qu'on puisse bâtir avec lui un raisonnement vérifiable. La connaissance du Droit, en tant qu'activité scientifique, présuppose donc ce travail critique sur les concepts qu'elle utilise.

Or la responsabilité politique dont nous parlons ici est évidemment, en premier lieu, un terme vague de la langue naturelle (de là vient qu'il nous paraît si familier), susceptible partant de renvoyer à de multiples utilisations (utilisation dans un contexte journalistique, utilisation dans un contexte politique, etc.), et donc d'avoir maintes significations: il signifiera en fonction du locuteur et du lieu de locution la responsabilité parlementaire des gouvernants; la responsabilité pénale des ministres; ou d'autres choses, encore moins précises, comme un devoir de la part du personnel politique de devoir rendre des comptes, sans que les procédures, les motifs, les sanctions ou les destinataires ne soient plus précisément identifiés ou supposés.

Terme susceptible d'avoir dans la langue naturelle maintes significations, la responsabilité politique est pour cette raison soupçonnée de ne pouvoir être pourvue, au regard des exigences de la cognition juridique, d'aucune signification. Elle ne constitue donc pas immédiatement un concept juridique, bien au contraire.

3 DELIMITATION DU PROBLÈME

Si l'on veut dès lors progresser, c'est-à-dire essayer de proposer au sujet de la responsabilité politique, ou des choses que l'on veut ainsi désigner, une analyse qui soit réellement juridique, qui véhicule autre chose que des banalités, des à-peu-près, ou qui est mobilisée simplement pour exprimer des opinions morales, philosophiques ou politiques, qui ne sont en rien vérifiables (et donc qui n'ont pas leur place dans un processus cognitif), il faut se méfier de la fausse familiarité de termes tels que responsabilité politique, et s'efforcer de cerner le concept logique, s'il existe, auquel ce terme renvoie dans le domaine juridique.

S'il existe, signifie ici simplement que l'on ne peut pas poser que le terme existe véritablement, c'est-à-dire qu'il y aurait un usage vrai du terme. Tout est ici affaire de convention et, tout en se gardant de qualifier de responsabilité politique seulement ce qui pourrait nous arranger (tous les usages ne sont pas équivalents, au moins dans leur justification potentielle), il faut admettre que les différentes significations que reçoit le terme (et d'autres éventuellement) peuvent être pertinentes.

Mais, pour éviter d'inutiles débats, qui ne portent pas sur la chose que la responsabilité politique désignerait ou sur le concept même, mais qui seraient liés à une mésentente des locuteurs sur le sens qu'ils donnent à la responsabilité politique (débat évidemment insurmontable: on ne peut

progresser à propos du caractère du chat que si nous sommes au moins d'accord sur ce que nous entendons par chat), il convient, sinon de s'accorder définitivement sur ce qu'est la responsabilité politique, du moins de préciser ce que nous entendons exactement par ce terme.

L'exigence n'est pas simplement théorique. On lira sous la plume de certains auteurs que l'affaire Lewinski a conduit à une responsabilité politique du Président Clinton, alors que d'autres s'insurgeront en qualifiant cette responsabilité de pénale: le débat n'a d'intérêt que si les uns et les autres ici conçoivent la même chose comme responsabilité politique. Or il est clair que pour les premiers: la responsabilité politique est un concept large, incluant une forme de responsabilité pénale, dès lors qu'elle vise dans un régime politique moderne démocratique le personnel politique, et qu'elle est engagée pour des motifs politiques, alors que pour les seconds, la responsabilité politique signifie une procédure spécifique qui n'est présente que dans des régimes que l'on qualifie de parlementaire, ce qui n'est pas le cas des Etats-Unis.

Posé en ces termes, le débat est inutile. D'une part, il est douteux qu'il y ait lieu à débat, puisque les positions ne sont pas incompatibles et qu'il suffirait que chacun définisse sa conception de la responsabilité politique pour que cela apparaisse clairement. D'autre part, si l'on s'en tient à la question de savoir si l'un ou l'autre a raison de se référer au concept de responsabilité politique dans son argumentation, il est impossible de vérifier une des utilisations et de falsifier l'autre puisqu'il n'existe pas *a priori* de concept vrai de la responsabilité politique.

4 USAGES DU CONCEPT

Pour cette raison, le premier travail critique d'une analyse juridique de la responsabilité politique exige que l'on suive les différentes significations que revêt le terme dans la langue du Droit, que l'on en montre les présupposés, qu'on les classe, etc.

A cet égard, on peut constater que la responsabilité politique apparaît, dans la langue juridique, à divers niveaux. Ce peut être d'une part un terme de la langue normative, c'est-à-dire un terme qui apparaît dans des actes juridiques (lois, constitutions, décisions de justice, etc.) D'autre part, la responsabilité politique est clairement aussi un concept forgé ou utilisé par la doctrine juridique, soit pour décrire le Droit positif, soit pour porter une appréciation sur ce même Droit positif.

Il est évident alors que le terme n'obéit pas au même statut, selon l'usage qui en est fait - prescrire/décrire-, et selon la position du locuteur - politique/cognitif. Comprendre la signification juridique de la responsabilité politique commande qu'on en suive ainsi l'usage, selon une grille de lecture des plus simples et des plus classiques.

Je propose donc de commencer par voir si la chose peut avoir une signification dans le droit lui-même (l'appareil normatif), puis de voir si le concept sert la Science du Droit. Je dirai quelques mots enfin sur le lien entre les concepts juridiques de responsabilité politique et de responsabilité, qui me semble en dernière instance être la question essentielle du débat sur l'utilisation du terme de responsabilité politique. Il va de soi que je ne pourrai, dans l'espace limité qui m'est imparti, que donner quelques pistes, évoquer quelques hypothèses...

5 L'IMPOSSIBLE SIGNIFICATION DE LA RESPONSABILITÉ POLITIQUE

Je m'intéresse donc d'abord au discours juridique proprement dit, c'est-à-dire aux actes juridiques et aux normes qu'ils véhiculent. Mon questionnement est le suivant: si on rencontre dans ces actes l'expression de responsabilité politique, que signifie-t-elle exactement, et qu'est-ce que cela implique pour la construction d'un discours cognitif de type dogmatico-doctrinal?

Je crois nécessaire ici de situer et préciser méthodologiquement la démarche, afin d'éviter tout malentendu. D'une part, il s'agit bien de rechercher si la langue normative emploie effectivement l'expression, et non de reconstituer théoriquement et interprétativement un concept prédéterminé par l'analyse juridique (ce qui sera l'objet du point suivant de l'étude).

La recherche est ainsi purement une recherche empirique. D'autre part, si on rencontre cette expression de responsabilité politique dans les normes, on ne pourra pas comprendre sa signification par substitution: il est impossible de poser au regard des normes la question: « qu'est-ce que la responsabilité politique? » et d'y répondre en substituant à l'expression responsabilité politique une réponse *a priori*.

On ne peut pas partir d'un concept présupposé de responsabilité politique pour connaître la signification normative de l'expression, mais on doit se référer à l'ensemble des énoncés dans lesquels l'expression responsabilité politique apparaîtrait — par exemple l'énoncé « le gouvernement est politiquement responsable » —, en indiquant alors les conditions nécessaires à la vérité d'un tel énoncé (par exemple, les conditions procédurales qui permettent d'engager la responsabilité, la sanction d'un tel engagement, etc.)²

5.1 Usage varié du terme

Cela est facile à comprendre car la norme n'obéit pas à une exigence de vérité. Sous certaines réserves, qui tiennent à un système juridique déterminé lui-même, l'autorité normative peut nommer ce qu'elle veut responsabilité politique. Il s'agit alors d'un acte de prescription qui, bien entendu, n'obéit pas

à la logique d'un acte de cognition: spécialement, l'utilisation de la langue ne répond pas aux mêmes exigences, et l'expression responsabilité politique ne renvoie pas nécessairement à une chose univoque et clairement déterminée.

De manière générale les expressions de la langue normative sont susceptibles d'être équivoques, vides de sens, etc. Il se peut d'ailleurs que cet effet soit recherché, explicitement ou non, pour des raisons de politique, idéologiques. Il se peut aussi qu'il s'agisse simplement d'une conséquence d'une absence de rigueur dans l'utilisation du concept juridique - auquel on entend se référer - ou de connaissance.

5.2 Variations du concept

Et en effet, pour s'en convaincre, il suffit d'observer qu'il est tout à fait concevable que deux textes différents, dans deux systèmes juridiques différents, emploient le terme responsabilité politique dans des conditions procédurales incompatibles, ou au moins largement différentes. Par exemple, on peut très bien avoir une norme N_1 du système S_1 qui utilise la responsabilité politique dans des conditions de procédure et de sanction qui l'apparente à une responsabilité collective de type parlementaire, alors que la norme N_2 du système S_2 pourra évoquer la responsabilité politique, par exemple, individuelle du ministre devant le Chef de l'Exécutif.

L'occurrence du terme en elle-même ne peut donc rien nous apprendre, car ce terme ne désigne pas une réalité univoque. Et à vrai dire, si l'occurrence intervient, on remarquera même que l'expression ne désigne rien du tout. Isoler par conséquent d'éventuels emplois normatifs du terme responsabilité politique ne nous apprend rien d'autre que le fait que, dans tel texte donné, donc dans tel système donné, on emploie le terme responsabilité politique (cet emploi est empiriquement constaté), et que dans ce même texte, sans qu'on puisse en tirer davantage de généralisation, le terme est pourvu de telle signification (que l'on comprend en se penchant sur les conditions de sa validité). Bien sûr, ce n'est pas rien : on sait des choses sur le système juridique, on peut procéder à des classifications, à des présentations, à des comparaisons. Mais cela ne nous apprend rien sur le concept de responsabilité politique en lui-même.

5.3 Substitutivité du terme

Cela ne nous apprend rien parce que, immédiatement, nous allons comparer les conditions de validité de l'emploi du terme avec la grille que, dogmatiquement, nous construisons ou utilisons (et qui vient d'un travail qui n'est pas un travail de constatation empirique sur l'utilisation de l'expression dans les normes).

Nous dirons alors: dans tel texte, voilà le sens de la responsabilité politique; donc dans tel texte, le terme est utilisé conformément ou non à ce

que la doctrine ou une partie d'entre elle, entend par responsabilité politique. Mais ni l'usage doctrinal, ni l'usage normatif ne sont tels que l'on puisse, en les rapprochant, apprécier la vérité de l'emploi normatif.

Et pour le montrer encore plus évidemment, on peut simplement essayer de substituer au terme de responsabilité politique, tel que normativement employé, un autre terme, quel qu'il soit, aussi absurde puisse-t-il apparaître.

On verra que, en dépit de l'absurdité apparente, l'économie normative n'est en rien affectée par cette substitution (tout simplement parce que substituer dans une norme ne permet pas de définir). Prenons des normes hypothétiques qui disposeraient ainsi:

- a) lorsque le gouvernement engage sa responsabilité politique, le parlement vote sur le programme politique du gouvernement
- b) lorsque le parlement met en cause la responsabilité politique du gouvernement, le parlement vote sur une motion de censure
- c) en cas d'adoption de la motion de censure selon une majorité qualifiée, ou en cas de rejet du programme politique du gouvernement, ce dernier doit démissionner.

Comme on l'a dit, ce qui importe dans ces normes n'est pas l'occurrence éventuelle du terme responsabilité politique, c'est le fait que des procédures précises sont prévues et que les normes indiquent ce qui se passe lorsqu'elles sont appliquées. Par exemple, si sur l'initiative du gouvernement, le parlement vote sur la politique générale du gouvernement, et qu'il est mis en minorité, le gouvernement doit démissionner; ou que si le parlement, de sa propre initiative, vote une motion de censure à l'encontre du gouvernement, celui-ci doit démissionner.

On pourrait ainsi substituer à responsabilité politique n'importe quelle expression, par exemple Porcelaine de Delft, que la signification de la norme n'en serait pas changée.³ On aurait ainsi trois normes hypothétiques ainsi énoncées:

- a) lorsque le gouvernement engage sa Porcelaine de Delft, le parlement vote sur le programme politique du gouvernement.
- b) lorsque le parlement met en cause la Porcelaine de Delft du gouvernement, le parlement vote sur une motion de censure.
- c) en cas d'adoption de la motion de censure selon une majorité qualifiée, ou en cas de rejet du programme politique du gouvernement, ce dernier doit démissionner.

On le voit ainsi, peu importe ce que l'on met comme terme normatif médian. Ce terme ne remplit pas une fonction logique, même si, bien sûr, il a une forte connotation idéologique, et peut très bien apparaître par ailleurs correctement employé au regard d'une théorie doctrinale de la responsabilité politique.

5.4 L'usage douteux de l'expression dans la Constitution française

Je n'ai pas ici fait le tour de tous les textes de droit positif, ni de tous les textes anciens, mais il m'apparaît, par exemple, très significatif que les articles 49 et 50 de la Constitution de 1958 n'emploient pas ce terme, et lui préfèrent celui de « responsabilité du gouvernement » qui porte sur un programme ou sur une déclaration de politique générale.

Il est clair que si une partie de la doctrine va, à partir de cela, bâtir le concept de responsabilité politique, le texte lui-même parle simplement (apparemment plus précisément en désignant l'organe) de responsabilité du gouvernement. Il est tout aussi clair que le terme politique n'a pas la même signification quand doctrinalement il est associé à la responsabilité pour la qualifier et constituer ainsi avec elle un concept, et quand, normativement, il désigne comme ici une des modalités à partir de laquelle le gouvernement peut engager sa responsabilité.

En revanche, la Constitution se sert expressément des termes de responsabilité pénale pour désigner un certain type d'action contre, par exemple, le Président de la République ou les Ministres (Titre X). Sans être déterminante, cette comparaison montre des usages extrêmement différenciés de ces expressions, alors même qu'elles nous semblent, conceptuellement, proches, et intuitivement, familières.

5.5 D'autres problèmes sur le significatif de l'expression

Pour conclure ici, on peut dire que le discours normatif ne nous apprend rien sur la responsabilité politique en tant que telle, parce que telle ne saurait être la fonction de la norme: ce qui laisse libre, dans une certaine mesure, la doctrine de se référer à ce terme pour désigner quelque chose, à condition de préciser ce qu'elle désigne ainsi. Sans développer donc davantage, voyons ce tout autre problème de signification qui est lié à l'usage doctrinal.

6 CONDITIONS DE LA CONSTRUCTION D'UN CONCEPT DOCTRINALE

Désormais mon interrogation va totalement différer: il s'agira simplement de savoir s'il existe, et à quelles conditions de vérité logique, un concept de responsabilité politique, à partir duquel la doctrine rend compte du droit. Autrement dit, il faut se demander si la responsabilité politique dont les juristes parlent subsume un certain nombre de faits juridiques empiriques, divers parce que relevant de divers systèmes juridiques, qualifiés ou non, par ces systèmes de responsabilité politique, ou de tout autre nom; et comment elle le fait.

Là encore, il me faut commencer par un certain nombre de précisions. D'abord, il faut rappeler que la doctrine n'est en rien obligée de se référer à ce concept, et nous avons vu que l'absence de signification normative *per se* de l'expression laisse bien à la doctrine la totale responsabilité de l'usage constructif qu'elle en fait.

Ensuite, il faut redire que la définition juridique (qui relève alors de la Science du Droit) de la responsabilité politique est nécessairement stipulative: elle apparaît avec la construction de l'objet par la Science du Droit.

La question pertinente ici est donc de savoir à quelle construction correspond cette utilisation? Est-il fondé d'y recourir au regard de ce qu'on recherche? Au regard de ce qu'est ou doit être la Science du Droit?

En conséquence, il est vraisemblable que, selon les auteurs, le recours au concept diffèrera et dépendra de divers éléments pour revêtir de multiples significations. Il n'est pas de mon propos de dresser un catalogue de l'usage doctrinal. Je voudrais simplement montrer des tendances, pour faire percevoir les enjeux que porte l'utilisation du concept. Pour faire court, on peut alors distinguer en deux temps: le contexte de l'utilisation (prescriptif, descriptif) et ce qui est signifié par cette utilisation (largement ou de manière restrictive).

7 LE MODE DE PENSÉE PRESCRIPTIF

Le plus souvent, on constate que la doctrine adopte une démarche prescriptive. Elle part d'une idée *a priori*, soit de ce qu'est en général la responsabilité (en matière politique ou plus largement dans toutes matières juridiques), soit de ce que doivent être les contraintes pesant sur les gouvernants, par exemple dans une démocratie, soit des deux. A partir de cette conception *a priori*, elle bâtit un concept de responsabilité politique.

C'est une démarche éthique, politique, qui vise à fournir un étalon de rectitude au regard duquel sera apprécié le droit positif (à la fois dans sa lettre et dans son fonctionnement). Cette démarche est, me semble-t-il, celle qu'adopte Olivier Beaud dans son ouvrage sur le sang contaminé⁴, ou encore Philippe Ségur⁵ ou Christian Bidégaray et Claude Emeri.⁶

Bien évidemment, cette démarche débouche sur une conceptualisation, et cela sert donc la Science du Droit. Notamment, cette approche autorise une définition de critères objectifs de la responsabilité politique, même si, naturellement, il demeure des débats sur l'identification de ces critères en fonction de l'étalon adopté: critères procéduraux (engagement et sanction de la responsabilité politique); critères organiques (organe sur lequel pèse la responsabilité politique, ramené le plus souvent au gouvernement).

7.1 Inefficace actuelle de l'expression

Mais dans le même temps, la volonté prescriptive peut déplacer le propos loin des exigences de la Science du Droit, et déboucher sur une simple appréciation politique des effets politiques du Droit.

Tel est le cas me semble-t-il lorsque l'on évoque abondamment et à regret la désuétude de la responsabilité politique: cela suppose d'une part que l'on ait un modèle *a priori* dont on constaterait qu'il tombe en désuétude (généralement, les procédures du parlementarisme classique⁷); cela suppose encore que la

disparition ou le recul de ce modèle *a priori* fasse l'objet d'une évaluation politique. Il en va de même lorsque, très souvent, on souligne l'inefficacité actuelle de la responsabilité politique. Enfin et surtout, ce glissement inhérent à la démarche prescriptive est très prégnant lorsque en présentant la responsabilité politique, on lui assigne un but: généralement assurer l'équilibre des pouvoirs.

7.2 Présupposés et conséquences

Ce qui me semble alors inspirer de telles considérations est l'idée implicite qu'existerait un modèle sinon parfait, du moins meilleur, d'organisation juridique du pouvoir: ce modèle serait le régime parlementaire. C'est lui qui serait en premier lieu concerné par la responsabilité politique (on retrouve l'idée d'équilibre entre pouvoirs, de fonction de la responsabilité politique dans la relation entre le parlement et le gouvernement); c'est vers lui que l'on devrait revenir (cette idée est au centre du débat sur la responsabilité politique et la responsabilité pénale des gouvernants: Cf. Olivier Beaud); et c'est à l'aune de ce régime que l'on juge les autres régimes (notamment le régime présidentiel). Evidemment, en raison de la relative spécificité du régime de la Vème République, la démarche prend une importance singulière pour la doctrine française actuelle.

La définition stipulative de la responsabilité politique tend donc ici à fournir un critère de démarcation entre le régime parlementaire, qu'elle caractériserait évidemment, et les autres régimes politiques, qui connaîtraient éventuellement d'autres formes de responsabilité des gouvernants.

Or une telle démarcation suppose deux choses: d'une part, l'unité des régimes parlementaires; d'autre part, l'assimilation de la responsabilité politique au jeu classique de la motion de censure et de la question de confiance. De ce point de vue, le premier point reste évidemment à démontrer (et l'exemple français montre pour le moins qu'il y a des différences entre régimes parlementaires). Quant au second, il est le fruit même de la définition, et devient tautologique: s'il n'y a aucune difficulté à conceptualiser la responsabilité politique comme la subsumption des procédures parlementaires classiques (V. le point suivant), on ne peut tirer de cette démarche stipulative le caractère d'une vérité qui interdirait de voir ailleurs une responsabilité politique, par exemple dans l'engagement pour motif politique de la responsabilité pénale du Président aux Etats-Unis.

8 LA PERSPECTIVE DE L'EXPRESSION PAR RAPPORT AU POINT DE VUE DESCRIPTIF

Lorsqu'en revanche on a affaire à une démarche de type exclusivement descriptif, comme celle dont se réclame le positivisme, les choses sont un peu plus complexes. A la différence de la démarche prescriptive, on ne partira pas d'une conceptualisation *a priori*, mais on procèdera plutôt par un mouvement inductif, pour envisager s'il est possible de subsumer sous le terme responsabilité politique un certain nombre de procédures prévues par le droit positif, et qui concernent les gouvernants. Les réponses sont ici variables.

8.1 Refuse de la conceptualisation par la doctrine

Pour certains auteurs, par exemple l'équipe rassemblée autour de Louis Favoreu, il n'est pas besoin de mobiliser le concept parce qu'il n'est pas utile à la description du Droit Positif: la responsabilité politique est ignorée en tant que concept (l'utilisation modérée du terme renvoyant à l'usage de la langue familière), sans que cela affecte en quoi que ce soit le compte rendu des procédures de contrôle sur les gouvernants.⁸

En effet, d'une part, l'approche est alors davantage organique que procédurale (on décrit des organes, leur statut, leur fonction); d'autre part, on évite volontairement de recourir à tout concept de responsabilité politique car on refuse de voir dans la mise en minorité du gouvernement, et dans l'obligation de démissionner qui s'ensuit, une sanction juridique: ce n'est pas, dit-on, la conséquence de la violation d'une règle.⁹

C'est donc à partir d'une théorie générale de la responsabilité (civile et autres) qu'une partie de la doctrine en vient à rejeter, plus ou moins définitivement, le concept de responsabilité politique.

8.2 L'admission du concept: la responsabilité est une catégorie de responsabilité juridique

D'autres auteurs vont moins loin dans la mise en cause du concept *a priori* de responsabilité politique: ainsi Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper réservent une place au concept. Mais la responsabilité politique est alors traitée comme un des trois cas de responsabilité pesant sur les gouvernants (responsabilité ministérielle) à côté de la responsabilité civile et pénale¹⁰ (alors que pour l'équipe de Louis Favoreu, la responsabilité des gouvernants s'oppose à la responsabilité civile et pénale, traitée par ailleurs¹¹).

Il est intéressant d'observer que c'est également à partir d'une théorie générale de la responsabilité que ces auteurs voient dans la procédure d'engagement le critère de la responsabilité politique qui permet de la distinguer de la responsabilité civile ou pénale. Cela suppose bien que ces trois formes de responsabilité peuvent avoir le même but (politique) et porter sur les mêmes actes.

La responsabilité politique est donc ici au sens juridique une catégorie de la responsabilité politique au sens politique, qui se définit procéduralement, et qui partant renvoie à un régime de type parlementaire. Les auteurs ne cachent alors pas l'ambiguïté de l'existence de deux procédures différentes (voire davantage): la motion de censure (dans laquelle le parlement met en cause la responsabilité politique du gouvernement) ; les questions de confiance (qui permettent au gouvernement d'engager sa propre responsabilité politique).

9 C'EST POSSIBLE UNE DÉFINITION SCIENTIFIQUE COMPLÈTE?

En conclusion sur ce point, on peut constater que la responsabilité politique des juristes relève davantage d'une théorie politique que d'une

théorie juridique. Elle sert pour décrire le Droit, mais elle n'est pas nécessairement théorisée puisque l'énoncé de critères semble être l'apport principal (critères d'identification et de démarcation). Elle sert pour juger le Droit, dans un processus de cognition éthique davantage que juridique.

Une interrogation demeure alors en suspens pour la Science du Droit, si l'on veut théoriser la responsabilité politique, c'est-à-dire, en faire un concept juridique: peut-on envisager de fournir une définition stipulative scientifique qui ne laisse pas de côté les régimes non parlementaires et la criminalisation de la vie politique? Donc avoir une théorie large de la responsabilité juridique intervenant en matière politique.

10 EST-IL UN CONCEPT *SUI GENERIS*?

Mon interrogation ici est simple est porte sur la construction même du concept. Alors que l'origine historique, anglaise, se place du côté du *trustee*, de la confiance, la conceptualisation de la responsabilité politique ne peut faire l'économie, me semble-t-il, d'une clarification sur son lien avec l'idée même de responsabilité.

Ainsi faut-il essayer de voir ce qu'est (ou peut être) à ce propos la responsabilité politique des juristes: est-ce un concept *sui generis*, sans relation avec le concept de responsabilité générale (c'est d'une certaine manière la thèse adoptée par l'équipe réunie autour de Louis Favoreu, mais aussi, dans une autre perspective, par Olivier Beaud)? ou est-ce une forme spécifique de la responsabilité juridique (et l'on a vu que c'est ce à quoi conduisait l'analyse de Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper).

11 COMMENT CONSTRUIRE CE CONCEPT?

Autrement dit, il faut maintenant se demander à quoi renvoie la responsabilité politique quand un juriste dit qu'un ministre est, ou n'est pas, ou n'est plus, politiquement responsable? Que signifie-t-elle ? Comment est-elle construite?

Il me semble que la véritable question juridique est là. Je veux dire que tous nos débats actuels sur la criminalisation de la responsabilité politique, sa désuétude, etc., dépendent en grande partie de la réponse que nous apportons à cette question. Et que débattre de cela si nous ne clarifions pas préalablement ce point est un peu vain.

Rappelons-nous, par exemple, que lorsque Raymond Carré de Malberg écrivait que la responsabilité pénale des ministres était la poursuite de la responsabilité politique, il voulait simplement dire que dans ce cadre procédural qui fait intervenir un juge spécial et soustrait le politique au Droit commun, les notions en cause sont pourvues d'une signification différant totalement de celle qu'on attribue à la responsabilité ordinaire ou générale.

C'est donc en fonction de la réponse que nous apportons à cette question des relations entre responsabilité politique et responsabilité générale, comme concepts doctrinalement construits, c'est-à-dire en fonction de la manière dont nous stipulons le concept de responsabilité politique, que nous allons retenir telle ou telle présentation du droit positif. Non que toute présentation soit nécessairement correcte (bien d'autres éléments interviennent, que je n'ai pas à rappeler ici); mais que diverses postures sont tenables à condition d'être assumées (c'est-à-dire à condition d'en assumer les implications et la logique).

11.1 La problématique sanctionnaire

Ce qui est donc en jeu ici, c'est la place non pas simplement de la procédure (ce qui est appréhendé comme l'élément clé dans la recherche d'un critère de la responsabilité politique), mais bien immédiatement la question de la sanction et de l'éventuelle faute. Certes, cette question, qui renvoie assez vivement en apparence à l'idée d'un jugement moral sur une action politique, et à l'idée, morale elle aussi, que celui à qui a été confié un pouvoir, ou une fonction, aurait à en rendre compte, a été fort heureusement dans un premier temps limitée par l'analyse scientifique. Mais elle ne peut être totalement expulsée de la problématique, et au contraire contribue à l'éclairer, à condition d'être posée en des termes juridiques.

11.2 L'absence d'illicite juridique proprement dit

L'idée générale qui prévaut désormais dans la doctrine juridique est que dans le cas de la responsabilité politique, il n'y a pas de faute au sens juridique. Et que par conséquent il n'est pas possible de caractériser juridiquement le concept de responsabilité politique par le couple faute-sanction, comme ce serait le cas en matière de responsabilité générale. Le concept de responsabilité politique, concept *sui generis*, serait ainsi totalement coupé de la logique de la responsabilité juridique.

Il n'y a pas de faute en matière de responsabilité politique selon cette analyse parce que la faute, au sens juridique, présupposerait la violation même d'une règle juridique. Or la sanction qui est apportée par le vote du parlement, par exemple, qui oblige juridiquement le gouvernement à se démettre, n'est pas la constatation juridique qu'une règle de droit n'a pas été respectée, mais l'affirmation que le gouvernement n'incarne plus les options politiques que le parlement entend faire respecter.

La sanction, portée politiquement par des autorités politiques, et pour des motifs politiques, serait donc une pure sanction politique. Pour cette raison, elle connaît un régime juridique spécial (les procédures spécifiques, particulièrement les procédures qui caractérisent le régime parlementaire). Cette thèse, désormais classique, construit donc la responsabilité politique comme un concept spécifique, totalement distinct des responsabilités civile, pénale, ou administrative par exemple.

Il est alors dans la logique de cette construction de critiquer la criminalisation de la justice politique, c'est-à-dire l'intervention de la procédure ordinaire (plus ou moins ordinaire) et des juges du droit commun (plus ou moins commun) dans le processus de la sanction politique, par exemple dans le débat sur l'affaire du sang contaminé.

Cette thèse, cette construction spécifique, débouchent sur plusieurs conséquences logiques, qui ne sont pas toujours admises ou maîtrisées par les tenants de cette construction, et qui sont alors sources de nombreuses ambiguïtés dans l'utilisation et la signification du concept. J'en signalerai deux, qui tiennent à ce que l'apparente volonté de procéder à la construction du concept indépendamment de l'idée de faute n'est pas toujours totalement déclinée, et entraîne paradoxalement une négation de la faute juridique pour mieux réintroduire, par un curieux retour, une conception plus moralisante de la faute, que l'analyse juridique prétendait combattre.

Une première conséquence, assez extrémiste et très peu mobilisée¹², est que le concept se trouve ici tellement minéralisé par rapport à la logique de la responsabilité elle-même qu'il est permis de se demander s'il reste encore opportun, d'un point de vue dogmatique, d'y recourir.

Pourquoi en effet maintenir l'utilisation du terme de responsabilité politique si la définition même du concept se fait sur l'axiome que cette responsabilité politique n'a rien à voir avec la responsabilité? Sinon par équivoque ou pour des raisons idéologiques (visant à réclamer cette responsabilité politique ou plus exactement à maintenir l'idée d'une faute, d'une sanction, que l'on sait ne pas être juridique; et la faire ainsi bénéficier du bagage légitimant attaché à l'idée de responsabilité elle-même).

Et on l'a dit: on peut fort bien décrire les procédures juridiques que l'on prétend subsumer sous le concept spécifique de responsabilité politique sans devoir se référer à ce concept, stipulatif. S'y référer n'est jamais neutre, et ne peut jamais se prétendre comme tel, particulièrement lorsque l'on fait siennes ces prémisses...

Une deuxième conséquence est liée à la caractérisation ainsi opérée de la responsabilité politique par un système procédural, le régime parlementaire. Dire que ce sont les procédures spécifiques du régime parlementaire qui font qu'il y a responsabilité politique suppose que la disparition, ou la mutation du régime politique considéré puisse entraîner, sans qu'il n'y ait scientifiquement rien à y redire, la disparition de la responsabilité politique. A cet égard, il y a encore quelque ambiguïté à plaider à tout prix pour le maintien du concept hors de ce système originel. Ce qui paraît alors être en jeu dans l'utilisation de ce concept *sui generis* n'est pas tellement la responsabilité du politique, mais la volonté de figer celle-ci dans une procédure prédéterminée, et donc de limiter la liberté politique de l'organisation juridique.

11.3 La réintroduction, dans le domaine juridique, de la faute et sanction politique

A l'inverse de cette thèse classique, il est également possible de tenir que la responsabilité politique est un type de responsabilité. Il faut, si l'on adopte cette position — qui n'est ni moins ni plus pertinente, mais simplement différente et possible — réintroduire juridiquement la notion de faute et de sanction.

Qu'en est-il d'abord de la faute et de la supposée violation de la règle de droit ? *Prima facie*, on peut dire qu'à l'époque où existe pour l'administration, voire pour le particulier, une responsabilité de type objectif, il n'y a rien d'original et d'extraordinaire à concevoir l'idée d'une sanction juridique indépendamment de la faute. Si l'argument classiquement évoqué était seulement celui-ci, je crois qu'il n'y aurait aucune difficulté. Or en réalité nous dit-on, la sanction juridique, même indépendamment d'une faute, réside toujours dans la violation d'une règle de droit. L'affirmation mériterait une longue analyse.

Mais on peut en effet dire que lorsque le juge sanctionne juridiquement un comportement, qu'il y ait faute ou non, c'est soit parce que ce comportement serait directement contraire à une directive du droit¹³, soit parce que le juge s'estime investi du pouvoir d'apprécier directement un comportement.

Le premier cas est celui, par exemple, de la violation d'une règle pénale, que sanctionne le juge. Le second est celui où le juge, par exemple, va considérer que tel comportement du père est contraire à l'intérêt de l'enfant. Dans les deux cas, *a posteriori*, on considèrera qu'il y a la sanction juridique d'une faute qui est, soit de ne pas avoir respecté la directive, soit de ne pas avoir correctement apprécié l'intérêt de l'enfant.

L'affirmation qu'il n'y aurait sanction que dans le cas de la violation de la règle de droit est une manière, sans doute un peu rapide, de renvoyer à ces deux situations; si ce n'était pas le cas, elle ne correspondrait pas à la réalité du droit positif.

Il faut alors se demander si la situation diffère en matière de responsabilité politique. Je ne le crois pas.

On peut dire ainsi — et on réintroduira si on le souhaite alors l'idée de faute, encore qu'elle ne soit pas nécessaire — en retrouvant la définition même du politique, que dans un régime parlementaire (par exemple), les gouvernants ont l'obligation pour se maintenir de bénéficier de la confiance de l'assemblée. C'est un contrat (je préfère le terme anglais de *trustee*, difficile à rendre, mais qui montre bien que l'assemblée investit le gouvernement de sa confiance, mais est susceptible de la retirer à tout moment sans avoir à s'en justifier, comme dans une relation de dépôt bancaire¹⁴) entre gouvernants et assemblées.

Le gouvernement doit conserver cette confiance, qui est le fondement juridique de son pouvoir. Celui qui perd cette confiance commet donc une faute au sens juridique, et sa sanction juridique réside dans la perte du

pouvoir. A défaut d'y voir une faute, on pourra tout aussi bien dire que l'assemblée est habilitée juridiquement (par la Constitution) à apprécier souverainement si le gouvernement gouverne selon ses vues. On retrouve bien les deux axes de la sanction juridique précités: le non respect d'une directive (code pénal ou *trust*), la sanction pour différence d'appréciation par l'autorité juridique (le juge, l'assemblée).

L'essentiel est alors de mettre en évidence, ce qui ne pose pas de difficulté particulière, que ce mécanisme de responsabilité est prévu par le droit. A cet égard, il n'est pas juridiquement original que se substitue ou se surajoute éventuellement à cette forme procédurale de responsabilité une autre forme dans le cadre d'une autre prescription normative.

Et de ce point de vue, en partant de cette conception du pouvoir politique, on peut généraliser la responsabilité politique à tout type de responsabilité du politique puisque c'est une forme de responsabilité dont l'originalité tient au contexte politique qu'elle saisit, donc au but politique. Relèvent logiquement de la responsabilité politique définie stipulativement de cette manière la motion de censure comme la question de confiance, les commissions parlementaires comme la responsabilité pénale, en régime présidentiel ou en régime parlementaire ou, encore, dans d'autres régimes.

De même, il n'y a aucune raison de ne pas considérer comme forme de responsabilité politique, ainsi précisée, la dissolution de la chambre ou la réélection (ou l'absence de réélection) du personnel politique. A chaque fois, on notera une sanction apportée par un organe politique (y compris le corps électoral) à un autre organe politique, pour des motifs politiques. Et à chaque fois on retrouvera les axes de la sanction juridique.

Il n'y a alors aucune raison, si on part de ces prémisses, de réserver le concept de responsabilité politique au régime parlementaire. La responsabilité politique est dans cette logique la responsabilité du politique, quel qu'il soit, et quelles que soient ses formes. Elle unifie des procédures juridiquement très diverses, renvoyées au second plan dans une analyse globale du politique.

12 SYNTHÈSE CONCLUSIVE

Le concept de responsabilité politique est ainsi un concept purement doctrinal. Il n'est pourvu d'aucune signification vraie, et est stipulativement construit. Bien des débats juridiques sur ce concept peuvent être évités ou réglés si on s'en tient simplement et rigoureusement à une analyse logique des théories qui construisent le concept. Pris comme concept spécifique, il désigne essentiellement les procédures du régime parlementaire, mais n'a alors aucune raison de renvoyer à l'idée de responsabilité, et son utilisation met nécessairement en branle des considérations méta juridiques. Pris comme déclinaison de la responsabilité, il désigne logiquement toute forme de responsabilité du politique, indépendamment des techniques qui la réalisent juridiquement, et l'on peut se demander s'il désigne encore réellement quelque chose de juridiquement précis.

- ¹ BIDEGARAY, Christian & EMERI, Claude. *La responsabilité politique*. Paris: Dalloz, 1998.
- ² Comp. HART, H. L. A. *Definition and Theory in Jurisprudence*. Oxford, 1953. Cf.: ROSS, A. «Definition in Legal language », *Logique et Analyse*, Bruxelles, août 1958, p. 139 e ss. (traduction française, in: Matzner, E. *Droit et langues étrangères: concepts, problèmes d'application, perspectives*. Presses Universitaires de Perpignan, 2000).
- ³ Sur cette analyse, cf. ROSS, A. *Tû-Tû*. Trad. E. Millard et E. Matzner. Marseille: Enquête, 1999, p. 263 e ss.
- ⁴ O. Beaud. *Le sang contamine*. Paris: PUF, 1999.
- ⁵ Ph. Ségur. *La responsabilité politique*. Que-sais-je? n° 3294. Paris: PUF, 1998.
- ⁶ *Loc. cit.*
- ⁷ Ou du moins le recours explicite à ces procédures. Car, ce n'est pas mon propos ici, mais notons tout de même qu'il y a de la naïveté, pour ne pas dire plus, à voir de la désuétude des procédures parlementaires de responsabilité politique (ainsi définie) au prétexte qu'il y a une majorité politique à l'Assemblée, que les motions de censure ne sont que rarement adoptées, et que la question de confiance est votée généralement. D'une part, c'est ignorer totalement l'idée de menace et d'économie dans le système: comment expliquer juridiquement et politiquement les cohabitations, par exemple, sinon par la responsabilité politique effective du gouvernement, et l'excellente connaissance de la mécanique de cette responsabilité par les acteurs politiques? Parler alors de désuétude est incompréhensible: c'est bien de l'inverse qu'il s'agit. Cf. sur ce point les analyses importantes de Marie-Anne Cohendet, notamment: *La Cohabitation*. Paris: PUF, 1993. Comment d'autre part tenir à la fois un discours — non juridique, d'accord — qui tend à valoriser le parlementarisme au travers de la responsabilité politique, et juger qu'il y a désuétude de cette responsabilité lorsque la responsabilité politique ne se traduit pas par la chute des gouvernements? Est-ce le parlementarisme que l'on entend politiquement valoriser ou l'instabilité parlementaire? Il y a parfois, derrière les lieux communs, des logiques implacables...
- ⁸ FAVOREU, L.; Gaïa, P.; GHEVONTIAN, R.; e outros. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1998. La responsabilité politique est évoquée de manière générale en 5 lignes (n° 944); puis annoncée pour décrire le parlement sous la V^{ème} République, elle devient responsabilité du gouvernement, reprenant les termes de la constitution de 1958. Il n'y a pas de théorie générale de la responsabilité politique.
- ⁹ *Id.* n° 988.
- ¹⁰ BURDEAU, G.; HAMON, F. & TROPER, M. *Droit Constitutionnel*. 1997, p. 355. Cf., aïnda, p. 115-116.
- ¹¹ *Comp. Op. cit.*, n° 944 e 946.
- ¹² V., no entanto, L. Favoreu et alii, *op. cit.*
- ¹³ Sur les idées directives du Droit: V. ROSS, Alf. *Directives and Norms*. Londres: Routledge, 1968, p. 34 et s.
- ¹⁴ Sobre esta origem do trust, V. notadamente os trabalhos esclarecedores de Eloy Garcia, e, particularmente: Estudia Preliminar à la Logica Parlamentaria, o de las reglas del buen parlamentario. In: HAMILTON, W. G. *Parliamentary Logick. Textos Parlamentarios Clásicos*. Madrid, 1996.

ABSTRACT

The article deals with the difficulties involving the meaning of the idea of political responsibility.

KEYWORDS

Critical analysis. Meaning. Political Responsibility.

SOBRE CONSTITUIÇÕES (1974*)

Friedrich Müller**

RESUMO

Este artigo apresenta a constituição como meio dialético de controle social, apto a disciplinar os limites de legitimidade dentro do qual devem ocorrer os conflitos entre estado e grupos de pressão. Essa tensão dialética fundamental entre liberdade e coerção, uma vez desaparecida, terminaria por minar a força normativa de uma constituição.

PALAVRAS-CHAVE

Liberdade. Coerção. Constituição. Controle Social.

I

Uma Constituição não é “organização da liberdade”. É o que afirma a ideologia¹ do tipo de Estado, do qual faz parte a República Federal da Alemanha. Na visão de Hegel, um Estado constituído deve ser a organização do *conceito* de liberdade, portanto, a síntese entre liberdade e coerção. Este conceito organiza *aquela* situação, em que é insatisfatório para o conhecimento absoluto, equivocada para a consciência correta e – perante a ação dos que empregam a força – proibido para a conduta digna exigida, o fato de ainda se indagar sobre liberdade e não-liberdade como meras antíteses, como evidentes contradições. Ainda mais proibido, é pô-las em prática, perante o Estado, como posições antagônicas.

* Texto original do ano de 1974; © Friedrich Müller; primeira versão para o português do Brasil: Tito Lívio Cruz Romão.

** Friedrich Müller nasceu em 1938. Estudou Direito e Filosofia em Erlangen-Nurembergue e Friburgo-em-Brigau (Alemanha). Em 1964, doutorou-se em Direito pela Universidade de Friburgo-em-Brigau e, em 1968, obteve o título de livre-docente e a licença para assumir cátedras nas áreas de Direito do Estado, Direito Administrativo, Direito Eclesiástico, Filosofia do Direito e do Estado, bem como Teoria do Direito. De 1968 a 1971, lecionou na Universidade de Friburgo-em-Brigau. Em 1971, assumiu uma cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, onde coordenou o Núcleo de Direito Público de 1973 a 1975. A partir de 1975, e novamente a partir de 1979, foi diretor daquela Faculdade de Direito. Desde 1989, vem-se destacando nas áreas de pesquisa e de publicações científicas. Também tem atuado como professor-visitante e pesquisador em diversas universidades estrangeiras, sobretudo na África do Sul e no Brasil. Além de sua carreira jurídica, Friedrich Müller também se destaca como literato (poesia e prosa), tradutor e cineasta.

II

Em uma Constituição e no Estado desta, coerção e liberdade não são fatores da mesma ordem; enquanto tais, também não são o produto de uma síntese. Enquanto processo legítimo e organizado, enquanto instrumento de poder do aparelho estatal, uma Constituição fundamenta o potencial de coerção do Estado.

Liberdade como antítese *equivalente* é uma quimera. A ideologia liberal, desde o Iluminismo, vai ainda um pouco mais à frente, ao formular como tese a liberdade dos indivíduos. Para haver uma coexistência harmoniosa dos potenciais de liberdade de tantos indivíduos, faz-se mister contrapor-lhes – Kant não era o único a pensar assim – coerção organizada como contrapeso necessário, como antítese benéfica. Esta tranquilização preventiva mescla regra e exceção. Ela parte do pequeno-burguês prazerosamente acomodado, que cuida de seu jardinzinho e não enfrenta nenhum embate com as autoridades. Como se mirasse, na verdade, o todo, a tranquilidade aponta para as lacunas da totalidade: as fendas existentes no sistema do poder. Nesse sentido, os chamados espaços livres no Direito não são, de jeito nenhum, espaços livres de Direito. Por meio de Direito estatal, são consentidos como áreas relativamente livres – pelo menos atualmente – de poder estatal, sob a ressalva de um “abuso” da liberdade e com outras restrições, cujo monopólio de definições, em todo o caso, cabe ao aparelho do Estado.

III

Como isso pode acontecer? O que leva um potentado monárquico a fazê-lo ou os grupos sociais hegemônicos (*constituent groups*) a deixar “livres” alguns espaços de sua vasta força?

Direito Constitucional é Direito. O Direito é a meretriz das relações de poder (assim como as meretrizes fazem parte de suas vítimas humanas). As respectivas normas expressam as respectivas possibilidades de dominação, suas formas diretas e indiretas, formalizadas e informais: de dominação em qualquer esfera, tanto econômica quanto social, política ou pessoal. Para conseguir perdurar ao longo do tempo, a dominação também traz como elementos o acordo e o recuo, o pacto e a cooperação; aderem à dominação com a mesma obstinação que o diabo ao bom Deus.

Quando o Direito concede aos fracos uma proteção um pouco mais além, estes não eram, na verdade, totalmente fracos. Ali, obrigaram os fortes a fazê-lo, para estes poderem continuar seu *direito do mais forte*² sem incômodos por demais inconvenientes. Onde a força é limitada, de tal forma, pelo Direito, onde a situação dos explorados é mitigada um pouco através de dispositivos legais, ali não atua uma força de compensação justa inerente ao

Direito. Ali se torna evidente, mais uma vez, a aplicabilidade irrestrita do Direito, até mesmo a serviço dos (não demasiadamente fracos) mais fracos.

Remontando a suas formas preliminares à época dos antigos estamentos, como a Magna Carta de 1.215, bem como a suas estranhas garantias de liberdade e igualdade religiosas vigentes no antigo Império Alemão (como na Pax Augustana ou na Paz de Vestfália), e estendendo-se até as Declarações Norte-Americanas a partir de 1.776 e até a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembléia Nacional Francesa em 26 de agosto de 1.789, a história dos direitos humanos e fundamentais é uma história de legitimações efetuadas a contragosto, de restrições e reincidências, de atos desonestos e tramóias. É um exemplo comum do caráter involuntário, com o qual são abertos espaços livres por aparelhos estatais de tipo diverso: não como mimos oferecidos por bondade ou reconhecimento, mas como prestações reparatórias após derrotas em batalhas. O direito cabível, em um certo sentido, a algumas minorias confessionais no início da liberdade religiosa promovida pela Reforma, que lhes permitia optar pelo exílio (*ius emigrationis*), era executado com cinismo pelas forças estatais como aquilo que era e é, em conformidade com a matéria, a transferência de pequenas porções de liberdade para a esfera decisória privada, a despeito de quaisquer explicações liberais.

Os direitos de participação, impostos paulatinamente contra a Monarquia pelos parlamentos estamentais e, mais tarde, pelos parlamentos constitucionais, são outra fonte de exemplos, primeiramente apenas no tocante ao orçamento; ou as medidas visando à proteção de minorias dentro e fora dos parlamentos; ou as possibilidades de tutela judicial contra atos soberanos, as quais, do ponto de vista histórico, só vieram a ser amealhadas tardiamente. A conquista de todos estes espaços relativamente livres de força estatal exigiu lutas e mais lutas, sem quaisquer garantias contra reincidências e retomadas.

É desnecessário acrescentar que aí não houve mudanças. O dia 26 de agosto de 1789 é um ponto final apenas da pré-história e não de uma história da ameaça aos direitos do homem e do cidadão. Também sob a vigência da Lei Fundamental^{***}, os direitos fundamentais não são, para representantes e atores da força estatal, sobretudo do Executivo, liberdades de participação na vida da Constituição compreendidas positivamente e exercíveis por seus titulares sob a própria responsabilidade destes. São itens residuais, pontos inexplorados, concedidos às margens da força soberana do Estado (pois agora já estão registrados como texto na carta constitucional).

Uma prática jurídica dominante caracteriza a condição sócio-política em que esta se pode manter dominante e é utilizada. Do ponto de vista prático, os direitos fundamentais são definidos subtraindo-se aquilo a que o cidadão relegado ao grau de “bourgeois” não tem direito. A qualidade real de validade das garantias e sua capacidade normativa de motivar e de impor uma prática humana na sociedade dependem da metodologia, da dogmática e da política jurídica dos direitos fundamentais. Estas, por seu turno, apóiam-se nas *garantias sociais* do

sistema, nas quais toda postura, inclusive aquela favorável aos direitos fundamentais, encontra seu limite: nos centros de poder publicamente constituídos e naqueles preferivelmente dissimulados, no nível de dependência direta do povo perante o Poder Público, no grau de insensibilidade do Estado oligárquico de partidos e corporações, na manipulação da opinião pública pela opinião publicada, na notória desigualdade perante a Lei e a Justiça, através da qual, com muita freqüência, uma classe decide a sorte da outra. Ademais, também se apóiam no desequilíbrio sócio-econômico existente nos âmbitos materiais e nos âmbitos da norma dos próprios direitos fundamentais, muitas vezes transformando em ilusão ou relegando ao plano ideológico uma igualdade de chance de os titulares formais dos direitos exercerem efetivamente suas garantias constitucionais. O cúmulo da vergonha é o tratamento desigual dispensado pela força estatal a titulares, formalmente iguais, de direitos fundamentais em setores bem protegidos, expostos à iluminação indiscreta apenas em situações excepcionais, como é o caso do Direito Tributário, da perseguição penal ou das áreas da administração interna propensas à corrupção. A formalização e o esvaziamento do princípio geral de igualdade perante a lei (Artigo 3º, inciso 1, da Lei Fundamental), relegando-o ao nível de uma proibição de arbitrariedades difusa, sem muita força normativa, é um sintoma sintetizador.

Afinal de contas, ao se indagar sobre como é possível garantir direitos contrários parciais contrariando a força do Estado, faz-se necessário retrucar com a contrapergunta para a qual a prática constitucional sempre convergiu: *a quem* deverão ser concedidos estes direitos, *quem* deverá poder beneficiar-se com eles? As situações de liberdade e as chances de participação à época dos antigos estamentos beneficiavam a eles próprios, e não ao povo. Mais tarde, a função do Estado Constitucional moderno consistiu em oferecer a clareza técnica e o profissionalismo de que carecia a sociedade burguesa centrada no dinheiro e nas transações comerciais. À medida que o aparelho estatal absolutista ia sendo eliminado, registrava-se um efeito de liberação política, mas que somente ocorria com *garantias sociais* em benefício da burguesia, ou seja, da classe *certa*, já que ela lutara para alcançar este objetivo. A expansão dos direitos fundamentais e humanos, ocorrida nas fases seguintes, também entre aquelas camadas da população para as quais não haviam sido concebidos, faz parte de uma dialética do Estado constitucional, a qual não questiona o valor da observação aqui anotada.

Uma codificação de leis é o registro de uma luta de interesses, uma Constituição, o congelamento de uma guerra civil. Garantias de liberdade e de participação puderam e podem ser escalonadas formalmente no texto constitucional e distribuídas de acordo com critérios seletivos (tais como raça, confissão, receita fiscal). Ou são asseguradas formalmente com equidade, embora também com a expectativa tranqüilizadora de se inserirem no contexto de uma forte desigualdade social com valores muito diferenciados: para alguns, muitas vantagens, para os outros, pouco significado prático. Desta forma, nos textos de John Locke, em relação à sociedade de sua época (e da época posterior), os direitos de liberdade, que foram desenvolvidos, não por acaso, com base na

propriedade, referem-se ao proprietário, ao comprador da força de trabalho alheia, desprovido de preocupações e provido de influência econômica e política – e não às massas de vítimas condenadas à miséria, expulsas de suas terras pelos aristocratas cúmplices da burguesia proprietária. Com tantas vantagens para a aparência da legitimidade do novo sistema constitucional, com tão fortes garantias visando à sua permanência a serviço dos poucos, os grupos dominantes, durante muito tempo, pareceram não achar muito arriscado proclamar instituições liberais e liberdades individuais em prol de suas prerrogativas pós-feudais.

IV

Uma Constituição é organização da força. Como logra constituir a força? Os *âmbitos* da norma de suas regras concernem a segmentos essenciais da sociedade. E os *textos* normativos de suas disposições legais, manifestando-se expressamente ou deixando de fazê-lo, descrevem, mediante uma tematização consciente ou uma eloqüência tácita, a demarcação de uma trégua, o esboço de uma linha demarcatória. Esta linha compõe-se do material mais frágil imaginável: a língua. Na carta constitucional, através de grupos textuais com teor juramentatório e legitimador, organizador, discricionário e ordenador, ela põe para funcionar aquele imenso mecanismo composto de textos com teor imperativo e justificatório, a que se costuma chamar ordem jurídica. Examinando-se mais a fundo, este aparato sempre já *está* em funcionamento. E uma nova Constituição apenas pode tentar exercer influência em sua marcha rangente.

Constituições normalmente são documentos magnânimos. Frente ao peso da realidade, pouco conseguem mudar da situação histórica. Se os textos constitucionais normativos darão origem a uma legislação constitucional, trata-se de uma questão que depende da densidade específica do grau de constitucionalização real da respectiva sociedade.

O Direito é um *meio* de dominação. Por ter uma forma específica, também é, ao mesmo tempo, instrumento de uma *limitação* (formal) dos objetivos e dos processos de dominação. Enquanto surgir, temática e proceduralmente, como *direito*, ou seja, nas formas especiais do direito, e enquanto tiver sido obrigada politicamente a surgir, esta limitação também já se encontra submetida a condições, transgressões e controles específicos (direito escrito, codificação sistemática, regras antigas e recentes, papel do direito processual em relação ao direito material, revisão político-constitucional de normas vigentes, maior imutabilidade de cartas constitucionais, a experiência de intermináveis diferenças quanto ao significado e à interpretação de textos normativos).

A formalização do direito acontece *por meio da* língua. Desta forma, ela expõe a dominação a um grau de comunicação mais intenso; abre-a na direção dos falantes, da necessidade de justificação lingüística e da oportunidade de uma crítica (lingüística) a esta justificação.

Na condição real da sociedade, podem surgir contradições que de quando em vez remontam, como finas fissuras capilares, ao efeito de textos constitucionais que liberam um maior espaço à chance de uma Constituição com validade *transformadora*. Não obstante, frente à manipulação de contradições, as Constituições também entendem como se automanipular. Mas isso está escrito em uma outra folha, não na carta constitucional.

V

Até os limites de sua linha de demarcação lingüística, considera-se legítima a prática aberta da força *do Estado*, e mais ainda a força sempre atuante no subterrâneo estável, a força existente e em atividade nas instituições. Ou seja, desta maneira, ela se mostra bem-sucedida. Só surge como injusta, quando a Constituição, como um todo, deixa de vigor; ou, em outros casos, respeitada a vigência da Constituição, apenas para além de determinados pontos da linha (p.ex.: “abuso de poder”, “uso indevido de competências”, “golpe de Estado”, “direito de resistência”).

Para o aparelho estatal e *contra* os grupos sociais contrapostos a ele ou entre si, o limite formulado por textos normativos é a linha demarcatória para a *legitimidade* da força. Esta tanto pode permanecer latente quanto pode tornar-se atual. Em qualquer um dos casos, o aparelho estatal é sujeito; grupos sociais e indivíduos, por sua vez, tanto são objetos subordinados à prática da força estatal quanto destinatários, supostamente pertencentes a uma mesma ordem, da prática de força social.

A Constituição distribui legitimidade *em dupla direção*. Excetuando-se o direito de resistência, que dificilmente pode ser constituído com retidão, não se reconhece força social contra o aparelho estatal. Em outras áreas, como p.ex. Economia, Trabalho, Educação, Medicina etc., a força é considerada justa em uma dimensão desmesurada; ou então não é abordada pela Constituição e, enquanto os indivíduos afetados pelo problema não forcem outra situação, também não o será pelo Legislativo, permanecendo em seu *status quo*. Deste modo, mediante uma Constituição burguesa, situações de força existentes na sociedade ou são confirmadas abertamente ou consolidadas através do silêncio em torno de si ou sofrem restrições devido a uma forte contrapressão. A força dos proprietários privados, dos patrões frente aos assalariados, dos adultos frente às crianças, da chefia hospitalar frente a pacientes internos, bem como outros campos de poder social são uma rica fonte de exemplos. Já um outro tipo de força, como a exercida por grupos empresariais, igrejas, bancos e associações, enquanto não onerar o sistema, pode sofrer restrições à margem, vendose, porém, em outras situações, confirmada. Não apenas o texto de uma Constituição, mas também seu silêncio revela-se através do detalhe.

O que se pode dizer sobre o tipo e o grau de funcionamento de uma Constituição, quando passa a ser usada cada vez mais como arma política e quando, no

final, só restam para os grupos antagônicos (excetuando-se um deles a cada vez) “inimigos da Constituição”? Isso não acontecia apenas por volta de finais da República de Weimar; também é a tendência dominante após um quarto de século da Lei Fundamental de Bonn. Quando os conceitos de uma Constituição ou seus floreios retóricos transformam-se em conceitos de luta, quando uma Constituição começa a ser vista, por todas as partes, sobretudo como instrumento punitivo, pode-se então afirmar que sua força de validade enfrenta um naufrágio.

Nesse sentido, *viger* baseia-se em reconhecer: reconhecer toda a Constituição, e não o seu caráter instrumentalizável através da jurisprudência situacional dos *lobbies*. Validade funda-se na observância de regras, que deve ser garantida pelos próprios responsáveis das tomadas de decisões e, por este motivo, também pelos indivíduos afetados pelas decisões. Se os primeiros – e são principalmente eles que contam com esta opção – utilizam a Constituição não mais como norma *equanimemente* sustentadora da paz jurídica, preferindo empregá-la, desta ou daquela maneira, de acordo com o caso, como um arsenal manipulável de fórmulas combativas e defensivas, então, neste caso, a obrigatoriedade constitucional já foi traída. A longo prazo, isso jamais passará despercebido aos indivíduos afetados por tais atos. Da mesma forma, se uma ordem de força fundamentalmente legítima tornar-se uma mera ordem de força, a norma reconhecidamente vigente no caso normal acabará transformando-se em uma norma ainda sujeita apenas à obrigação.

¹ Acompanhei-a com esta expressão, defendendo a forma liberal contra uma forma autoritária do Estado Constitucional burguês, ainda na crítica feita ao trabalho de H. Krüger “Allgemeine Staatslehre”, in: *Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* 1967, p. 541. [Obs.: também publicado em: *Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik*, 1977, p. 221, 223.].

² “Ora, que direito é este que perece quando cessa a força? (...) Vê-se, portanto, que a palavra *direito* nada acrescenta à força; aqui não significa absolutamente nada”; ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução brasileira: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Editora Hemus, s.d., p. 20.

*** **Nota do tradutor:** Trata-se da Constituição da República Federal da Alemanha a partir do final da Segunda Guerra Mundial.

ABSTRACT

The article presents the constitution as a dialectic instrument of social control, Able to rule on the limits of legitimacy in which the conflicts between the state and pressure groups might take place. Such fundamental dialectic unrest between freedom and coercion, once vanished, would undermine the normative force of a constitution.

KEYWORDS

Freedom. Coercion. Constitution. Social Control.

ÜBER VERFASSUNGEN (1974*)

Friedrich Müller**

ZUSAMMENFASSUNG:

DIESER ARTIKEL STELLT DIE VERFASSUNG ALS DIALEKTISCHES MITTEL DER KONTROLLE UEBER DIE GESELLSCHAFT DAR - GEEIGNET, DIE GRENZEN DER LEGITIMITÄT AUFRECHT ZU ERHALTEN, INNERHALB DERER SICH DIE KONFLIKTE ZWISCHEN STAAT UND MAECHTIGEN GRUPPEN ABSPIELEN MUESSEN. SOBALD DIESE GRUNDLEGENDE DIALEKTISCHE SPANNUNG ZWISCHEN FREIHEIT UND ZWANG EINMAL VERSCHWUNDEN IST, UNTERHOEHLT DIES DIE NORMATIVE KRAFT EINER VERFASSUNG:

STICHWOERTER:

FREIHEIT, ZWANG, VERFASSUNG, SOZIALE KONTROLLE

I

Eine Verfassung ist nicht "Organisation der Freiheit". Das sagt die Ideologie¹ des Staatstypus, zu dem die Bundesrepublik Deutschland gehört. In der Sicht Hegels soll ein verfaßter Staat die Organisation des *Begriffs* der Freiheit sein, also die Synthese aus Freiheit und Zwang. Er organisiert dann *den* Zustand, in dem es für das absolute Wissen unzureichend, für das korrekte Bewusstsein falsch und – gegenüber dem Tun der Gewaltanwender – für die geforderte richtige Einstellung verboten ist, noch nach Freiheit und Unfreiheit als bloßen Antithesen, als handgreiflichen Widersprüchen zu fragen. Noch verbotener ist es, sie gegenüber dem Staat als Konfliktpositionen zu praktizieren.

* Friedrich Müller. Jahrgang 1938. Studium in Erlangen-Nürnberg und Freiburg im Breisgau. Erste und Zweite Juristische Staatsprüfung 1962 und 1967. Promotion zum Dr. iur. 1964 in Freiburg i.Br. Habilitation ebd. 1968. *Venia legendi* für Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Kirchenrecht, Rechts- und Staatsphilosophie, Rechtstheorie. 1968 bis 1971 Privat- und Universitätsdozent in Freiburg i.Br. Seit 1971 Lehrstuhl an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg. 1973 bis 1975 Leiter der Fachgruppe Öffentliches Recht. Ab 1975 und ab 1979 Dekan der Juristischen Fakultät. Seit 1989 freier Forscher und wissenschaftlicher Publizist. Internationale Lehr- und Forschungstätigkeit, vor allem in Südafrika und Brasilien. Zugleich Lyriker, Prosaist, Übersetzer und Cineast.

II

In einer Verfassung und ihrem Staat sind Zwang und Freiheit nicht gleichgeordnete Größen, als solche zur Synthese gebracht. Eine Verfassung begründet das Zwangspotential des Apparats als legitimes, organisiertes Verfahren und als Werkzeug seiner Gewalt.

Freiheit als *gleichwertige* Antithese ist eine Täuschung. Die liberale Ideologie seit der Aufklärung geht noch weiter, indem sie die Freiheit der Individuen gar als Thesis setzt. Damit die Potentiale an Freiheit so vieler Individuen verträglich koexistieren, ist ihnen – so sah es nicht nur Kant – organisierter Zwang als notwendiges Gegengewicht, als wohlthätige Antithese entgegensetzen. Diese vorbeugende Beruhigung vermischt Regel und Ausnahme. Sie geht vom behaglich konformen Spießbürger aus, der sein Gärtchen pflegt und mit der Obrigkeit keinen Streit hat. Sie verweist, als auf das eigentlich Ganze, auf dessen Lücken: die Breschen im System der Gewalt. Dabei sind die sogenannten Freiräume im Recht durchaus keine rechtsfreien Räume. Sie sind durch staatliches Recht gewährt als von Staatsgewalt jedenfalls zur Zeit relativ freie Bezirke, unter dem Vorbehalt eines „Mißbrauchs“ der Freiheit und mit sonstigen Grenzen, deren Definitionsmonopol ohnehin beim Staatsapparat liegt.

III

Wie kann es dazu kommen? Was bringt einen monarchischen Machthaber dazu oder was die machthabenden gesellschaftlichen Gruppen (constituent groups), einzelne Flecken ihrer flächendeckenden Gewalt zugunsten Privater „frei“zuräumen?

Verfassungsrecht ist Recht. Recht ist die Hure der Machtverhältnisse (so wie die Huren zu deren menschlichen Opfern zählen). Die jeweiligen Normen drücken die jeweiligen Möglichkeiten von Herrschaft, ihrer direkten und mittelbaren, ihrer formalisierten und informellen Gestalten aus: der Herrschaft in jeder Sphäre, der wirtschaftlichen, sozialen, politischen und persönlichen. Damit sie als Herrschaft in der Zeit andauern kann, gehören zu ihr auch Arrangement und Zurückweichen, Kompromiß und Zusammenwirken; sie kleben an ihr so hartnäckig wie der Leibhaftige am lieben Gott.

Wo die Schwachen vom Recht ein Stück weit geschützt werden, waren sie nicht ganz schwach. Dort haben sie die Starken dazu genötigt, damit diese ihr *Recht des Stärkeren*² ohne allzu lästige Störungen fortführen konnten. Wo Macht durch Recht auf solche Art beschränkt, wo durch Vorschriften die Lage der Ausgebeuteten etwas verbessert wird, dort west nicht eine *dem Recht* inwohnende Kraft gerechten Ausgleichs. Dort wird, einmal mehr, die unbegrenzte Verwendbarkeit des Rechts, sogar im Dienst der (nicht zu schwachen) Schwächeren, augenfällig.

Die Geschichte der Menschen- und Bürgerrechte seit ihren altständischen Vorformen, wie der Magna Charta von 1215, und ihren ziemlich seltsamen Garantien von Religionsfreiheit und –gleichheit im alten Deutschen Reich (wie in der Pax Augustana oder im Westfälischen Frieden) bis zu den nordamerikanischen Erklärungen ab 1776 und zur Menschen- und Bürgerrechtsdeklaration der Französischen Nationalversammlung vom 26. August 1789 ist eine Geschichte widerwilliger Verbürgungen, der Abstriche und Rückfälle, der Unehrlichkeit und Schikanen. Sie ist ein nicht erstaunendes Beispiel für die Unfreiwilligkeit, mit der von verschiedenen geformten Staatsapparaten Freiräume abgegeben werden: nicht als Gaben aus Güte oder Einsicht, sondern als Reparationsleistungen nach verlorenen Schlachten. Das in gewissem Sinn am Anfang reformatorischer Religionsfreiheit stehende Recht konfessioneller Minderheiten, ins Exil zu gehen (*ius emigrationis*), ist von den Staatsgewalten zynisch als das exekutiert worden, was der Transfer kleiner Portionen von Freiheit auf die Entscheidungsbefugnis Privater der Sache nach, allen liberalen Erklärungen zum Trotz, war und ist.

Andere Exempel bieten die von ständischen, dann von konstitutionellen Parlamenten gegen die Monarchie stückweise durchgesetzten Mitwirkungsrechte, zunächst nur im Budget; oder die Vorkehrungen zum Schutz von Minderheiten innerhalb und außerhalb der Parlamente; oder die historisch erst spät abgetrotzten Möglichkeiten, sich gegen Hoheitsakte gerichtlich zu schützen. All diese von Staatsgewalt relativ freien Bereiche mußten erkämpft werden und nochmals erkämpft werden, nie gegen Rückfälle und Rücknahmen gesichert.

Es ist unnötig hinzuzufügen, daß sich das nicht geändert hat. Der 26. August 1789 ist ein Endpunkt nur der Vorgeschichte, nicht einer Geschichte der Bedrohung der Menschen- und Bürgerrechte. Auch unter dem Grundgesetz sind für Vertreter und Akteure der Staatsgewalt, besonders der vollziehenden, die Grundrechte nicht positiv verstandene, von den Berechtigten in eigener Verantwortung auszufüllende Freiheiten der Mitwirkung am Leben der Verfassung. Sie sind Restposten, weiße Flecken, an den Rändern staatlicher Hoheitsgewalt zugestanden (weil nun einmal in der Verfassungsurkunde vertextet).

Eine herrschende Rechtspraxis kennzeichnet den gesellschaftlichen Zustand, in dem sie sich als herrschende halten kann, in dem sie gebraucht wird. Praktisch sind die Grundrechte definiert durch Subtraktion dessen, was der damit zum Bourgeois degradierte Bürger *nicht* darf. Die reale Geltungsqualität der Garantien, ihre normative Fähigkeit, menschliche Praxis in der Gesellschaft anzuregen, durchzusetzen, hängt von Methodik, Dogmatik und Rechtspolitik der Grundrechte ab. Und diese stützen sich auf die *sozialen Garantien* des Systems, an denen jede, auch die

grundrechtsfreundliche Haltung, ihre Grenze findet: auf die öffentlich verfassten und die lieber verschwiegenen Machtzentren, auf den Grad der Mediatisierung des Volkes, der Verhärtung des oligarchischen Parteien- und Verbändestaats, auf Manipulation der öffentlichen durch die veröffentlichte Meinung, auf notorische Ungleichheit vor Gesetz und Justiz, in der allzu oft die eine Klasse über die andere zu Gericht sitzt. Sie gründen nicht zuletzt auf der sozialökonomischen Ungleichheit in den Sach- und Normbereichen der Grundrechte selbst, die eine gleiche Chance der formal Berechtigten, ihre Grundrechte wirksam auszuüben, oft Illusion sein und zur Ideologie verkommen lässt. Am schamlosesten ist die durch Staatsgewalt getätigte Ungleichbehandlung formal gleicher Grundrechtsträger auf gut abgeschirmten, nur in Ausnahmefällen indiskret beleuchteten Gebieten wie dem Steuerrecht, der Strafverfolgung oder den korruptionseigenen Bereichen der Inneren Verwaltung. Das Formalisieren und Entleeren des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes) zum Willkürverbot ohne Konturen, ohne viel normative Kraft, ist ein zusammenfassendes Symptom.

Denn auf die Frage, wie es zum Einräumen partieller Gegenrechte gegen die Gewalt des Staats überhaupt kommen kann, muß die Gegenfrage gestellt werden, auf die Verfassungspraxis noch immer hinausgelaufen ist: *Wer* soll diese Rechte zugeschrieben bekommen, *wer* von ihnen profitieren dürfen? Die altständischen Freiheitspositionen und Mitwirkungschancen kamen den Ständen, nicht dem Volk zugute. Die Funktion des späteren Verfassungsstaats der Moderne war es, die technische Übersichtlichkeit, die Betriebsförmigkeit zu bieten, die für die bürgerliche Geld- und Verkehrsgesellschaft nötig war. Politisch befreiende Wirkung kam, soweit der absolutistische Staatsapparat schrittweise zurückgedrängt wurde, *sozial garantiert* nur dem Bürgertum und also der *richtigen* Klasse zu, weil sie es war, die sie erkämpfte. Daß die Grund- und Menschenrechte in der Folge auch auf solche Schichten der Bevölkerung ausgedehnt wurden, denen sie nicht zugedacht waren, gehört in eine Dialektik des Verfassungsstaats, die den Wert der hier notierten Beobachtung nicht in Frage stellt.

Ein Gesetzeswerk ist festgeschriebener Interessenkampf, eine Verfassung eingefrorener Bürgerkrieg. Freiheits- und Mitwirkungsgarantien konnten und können im Text der Urkunde formal abgestuft, nach selektiv Merkmalen (wie Rasse, Konfession, Steueraufkommen) verteilt werden. Oder sie werden zwar formal gleichheitlich gewährt, aber in der beruhigenden Erwartung, vor dem Hintergrund grober sozialer Ungleichheit von sehr verschiedenem Wert zu sein: für die einen besonders profitabel, für den Rest ohne große praktische Bedeutung. So meinen die nicht zufällig vom Eigentum abgeleiteten bürgerlichen Freiheitsrechte in den Texten John Lockes für die Gesellschaft seiner (und späterer) Zeit den etablierten Besitzenden, den unbeschwerten Käufer fremder Arbeitskraft mit wirtschaftlichem und

politischem Einfluß – und nicht die Massen verelendeter Opfer einer gewaltsamen Landvertreibung durch die adligen Komplizen der Besitzbürger. Bei solchen Vorteilen für den Schein der Legitimität des neuen Verfassungssystems, bei so starken sozialen Garantien für seinen Bestand im Dienst der Wenigen erschien es den führenden Gruppen lange Zeit für ihre nachfeudalen Vorrechte wenig riskant, liberale Institutionen und individuelle Freiheitsrechte zu proklamieren.

IV

Eine Verfassung ist Organisation der Gewalt. Wie kann sie Gewalt verfassen? Die *Normbereiche* ihrer Regeln betreffen wesentliche Ausschnitte der Gesellschaft. Und die *Normtexte* ihrer Vorschriften umschreiben durch Aussprechen oder Aussparen, in bewußter Thematisierung oder vielsagendem Schweigen die Demarkation eines Waffenstillstands, den Umriß einer Auffanglinie. Diese Linie besteht aus dem denkbar fragilsten Material, aus Sprache. Sie setzt in der Verfassungsurkunde durch beschwörende und legitimierende, durch organisierende, freistellende und anordnende Textgruppen jene riesige Umwälzanlage aus befehlenden und rechtfertigenden Texten in Gang die wir Rechtsordnung nennen. Genau betrachtet, *ist* diese Apparatur schon jeweils in Gang; eine neue Verfassung kann nur versuchen, ihren knirschenden Lauf zu beeinflussen.

Verfassungen sind oft hochherzige Dokumente; in der Erdschwere des Tatsächlichen bewegen sie wenig vom historischen Fleck. Ob die Normtexte der Verfassung zu Verfassungsrecht werden, hängt von der spezifischen Dichte der realen gesellschaftlichen Verfaßtheit ab.

Recht ist *Mittel* von Herrschaft. Da spezifisch geformt, ist es zugleich Instrument einer (formalen) *Begrenzung* der Ziele und Verfahren von Herrschaft. Insoweit diese inhaltlich und prozedural als *Recht*, also in dessen besonderen Formen auftritt, aufzutreten politisch genötigt worden ist, sieht sie sich auch schon spezifischen Bedingungen, Brechungen, Kontrollen unterworfen (geschriebenes Recht, systematische Kodifikation, ältere und jüngere Regeln, Rolle des Prozeßrechts für das materielle, verfassungspolitische Revision geltender Normen, erschwerte Änderbarkeit von Verfassungsurkunden, Erfahrung unabschließbarer Differenzen über Bedeutung, Interpretation von Normtexten).

Formalisierung des Rechts spielt sich *in Sprache* ab. Damit setzt sie Herrschaft einer verstärkten Kommunikation aus; öffnet sie in Richtung auf die Sprechenden, auf die Notwendigkeit sprachlicher Rechtfertigung und die Chance einer (sprachlichen) Kritik dieser Rechtfertigung.

In der faktischen Verfaßtheit der Gesellschaft können Widersprüche aufbrechen, gelegentlich als feine Haarrisse auf die Wirkung von Verfassungstexten zurückgehend, die ein Stück weit die Möglichkeit für

verändernde Verfassungsgeltung freisetzen. Aber die Verfassungen schicken sich auch darein, sich bei der Manipulation von Widersprüchen selbst zu manipulieren. Das steht auf einem anderen Blatt als auf dem ihrer Urkunde.

V

Bis zu deren sprachlicher Auffanglinie ist offene Gewaltpraxis des *Staates*, ist erst recht die ständig im etablierten Untergrund wirkende, in den Institutionen steckende und arbeitende Gewalt berechtigt. Das heißt, sie gibt sich mit Erfolg so aus. Als unrecht erscheint sie nur dann, wenn die Verfassung im ganzen nicht mehr *gilt*; beziehungsweise, bei noch *geltender* Verfassung, nur jenseits bestimmter Punkte der Linie (etwa „Machtmißbrauch“, „Kompetenzüberschreitung“, „Staatsstreich“, „Recht zum Widerstand“).

Die durch Normtexte formulierte Grenze ist, für den Staatsapparat und *gegen* die ihm oder einander entgegengesetzten Gruppen der Gesellschaft, die Auffanglinie für die *Legitimität* von Gewalt. Solche Gewalt kann latent bleiben oder aktuell werden. Der Staatsapparat ist in jedem Fall Subjekt; gesellschaftliche Gruppen und einzelne sind sowohl untergeordnete Objekte staatlicher als auch vorgeblich gleichgeordneter Adressaten gesellschaftlicher Gewaltpraxis.

Die Verfassung verteilt Legitimität *in doppelter Richtung*. Gesellschaftliche Gewalt gegen den Staatsapparat wird, abgesehen von dem kaum redlich verfaßbaren Recht auf Widerstand, nicht anerkannt. In anderen Bereichen – Wirtschaft, Arbeit, Erziehung, Medizin und sonstiges – wird Gewalt in ungeheurem Ausmaß für Rechtens erklärt; beziehungsweise wird sie von der Verfassung, und solange die Betroffenen nichts anderes erzwingen, auch von der Gesetzgebung nicht zum Thema gemacht, in ihrem status quo belassen. Bestehende gesellschaftliche Gewaltzustände werden somit durch eine bürgerliche Verfassung sei es offen bestätigt, sei es durch Aussparen verfestigt, sei es bei entsprechend großem Gegendruck eingeschränkt. Die Gewalt der Privateigentümer, der Unternehmer gegen die Arbeitsabhängigen, der Erwachsenen gegen die Kinder, des leitenden Medizinpersonals gegen Anstaltsinsassen und andere Felder sozialer Macht bieten reichlich Beispiele. Andere Gewalt, wie die der Konzerne, Kirchen, Banken und Verbände, wird allenfalls am Rand begrenzt, soweit sie das System nicht belastet, sonst aber bestätigt. Nicht nur der Text einer Verfassung, auch ihr Schweigen verrät sich in der Nuance.

Was aber sagt es über Art und Grad des Funktionierens einer Verfassung, wenn sie zunehmend als politische Waffe verwendet wird, wenn es für die Konfliktgruppen – außer jeweils ihnen selbst – im Ergebnis nur noch „Verfassungsfeinde“ gibt? So war die Lage nicht erst gegen Ende der Republik

von Weimar, so ist die Tendenz nach einem Vierteljahrhundert Bonner Grundgesetz. Werden die Begriffe einer Konstitution oder aus ihnen abgeleitete Floskeln Kampfbegriffe, beginnt eine Verfassung allseits vor allem als Schlaginstrument geschätzt zu werden, dann ist ihre Geltungskraft im Sinken.

Gelten in diesem Sinn gründet auf Anerkennung: auf jener der ganzen Verfassung, nicht auf der ihrer Instrumentalisierbarkeit durch die Situationsjurisprudenz der interessierten Kreise. Geltung beruht auf der Respektierung durch die Entscheidenden selbst und, genau darum, in der Folge auch durch die von Entscheidungen Betroffenen. Verwenden die Entscheidenden, und vor allem sie haben diese Wahl, die Verfassung nicht länger als den Rechtsfrieden *gleichheitlich* stützende Norm, sondern als von Fall zu Fall so oder auch anders handhabbares Arsenal an Angriffs- und Verteidigungsformeln, dann wurde ihre Verbindlichkeit schon verraten. Den Betroffenen ist das auf längere Sicht noch nie verborgen geblieben. In demselben Maß wird die im Normalfall als anerkannt geltende Norm zur nur noch zu erzwingenden, wird eine Ordnung prinzipiell legitimer Gewalt zur Gewaltordnung.

¹ Ihr folgte ich mit dieser Wendung, die liberale gegen eine autoritäre Ausgabe des bürgerlichen Verfassungsstaats verteidigend, noch bei der Kritik an H. Krügers „Allgemeiner Staatslehre“, in Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 1967, S. 541 ff., 543f. [Anm. des Hrsg.: *das.* auch in: Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik, 1977, S. 221 ff., 223 f.]

² “Nun, was ist das für ein Recht, das vergeht, wenn die Macht aufhört? ... Man sieht also, daß dies Wort Recht nichts zu dem Wort Gewalt hinzufügt; es bedeutet hier überhaupt nichts“; Rousseau, Du Contrat Social I 3.

ABSTRACT

The article presents the constitution as a dialectic instrument of social control, Able to rule on the limits of legitimacy in which the conflicts between the state and pressure groups might take place. Such fundamental dialectic unrest between freedom and coercion, once vanished, would undermine the normative force of a constitution.

KEYWORDS

Freedom. Coercion. Constitution. Social Control.

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2004

Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, 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. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º.....

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

.....

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” (NR)

“Art. 36.

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

IV - (Revogado).

.....” (NR)

“Art. 52.....

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

.....” (NR)

“Art. 92

IA - o Conselho Nacional de Justiça;

.....

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.” (NR)

“Art. 93.

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II -

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;

IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

.....

VII - o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal;

VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;

VIIIA - a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a , b , c e e do inciso II;

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados

atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;

XII - a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;

XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

XV - a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.”(NR)

“Art. 95.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:.....

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.” (NR)

“Art. 98.

§ 1º (antigo parágrafo único)

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.” (NR)

“Art. 99.

§ 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo.

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 5º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.” (NR)

“Art. 102.

I -.....

h) (Revogada)

.....

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

.....

III -.....

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

.....

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 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.” (NR)

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

.....

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

.....

§ 4º (Revogado).” (NR)

“Art. 104.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

.....” (NR)

“Art. 105.

I -

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;

.....

III -

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

.....

Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça:

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante.” (NR)

“Art. 107.

§ 1º (antigo parágrafo único)

§ 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.” (NR)

“Art. 109.

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

.....

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.” (NR)

“Art. 111.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).” (NR)

“Art. 112. A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.” (NR)

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

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

“Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II - os demais, mediante promoção de juízes do trabalho por antigüidade e merecimento, alternadamente.

§ 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.” (NR)

“Art. 125.

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

§ 6º O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.” (NR)

“Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias.

.....” (NR)

“Art. 127.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.” (NR)

“Art. 128.

§ 5º

I -

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;

.....

II -

e) exercer atividade político-partidária;

f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

§ 6º Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V.” (NR)

“Art. 129.

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata.” (NR)

“Art. 134.

§ 1º (antigo parágrafo único)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.” (NR)

“Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.” (NR)

Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

“Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

- I - um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;
- II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
- III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
- IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
- XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
- XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

- I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.”

“Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, esco-

lhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II - os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

§ 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 2º Funcionário junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

II - o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante.”

“Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I - o Procurador-Geral da República, que o preside;

II - quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;

III - três membros do Ministério Público dos Estados;

IV - dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

V - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

§ 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I - receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;

II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

III - requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

§ 4º O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oficiará junto ao Conselho.

§ 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.”

Art. 3º. A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas.

Art. 4º. Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antigüidade e classe de origem.

Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual.

Art. 5º. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação ou escolha de seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final.

§ 1º Não efetuadas as indicações e escolha dos nomes para os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público dentro do prazo fixado no caput deste artigo, caberá, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Ministério Público da União realizá-las.

§ 2º Até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor.

Art. 6º. O Conselho Superior da Justiça do Trabalho será instalado no prazo de cento e oitenta dias, cabendo ao Tribunal Superior do Trabalho regulamentar seu funcionamento por resolução, enquanto não promulgada a lei a que se refere o art. 111-A, § 2º, II.

Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

Art. 9º São revogados o inciso IV do art. 36; a alínea h do inciso I do art. 102; o § 4º do art. 103; e os §§ 1º a 3º do art. 111.

Art. 10. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL

Observações:

1. A legislação aqui apresentada contém apenas as Leis Complementares, as Leis Ordinárias, as Leis Delegadas e as Medidas Provisórias, e está disposta em ordem decrescente de data.
2. As datas referem-se ao dia de publicação no Diário Oficial da União.
3. Ementário completo pode ser obtido no *site* oficial da Presidência da República (www.planalto.gov.br) ou do Senado Federal (www.senado.gov.br).

30 de junho de 2004

Medida Provisória n. 195, de 29.6.2004 - Dispõe sobre a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo para bloqueio temporário da recepção de programação inadequada, e dá outras providências.

31 de dezembro de 2004 - Edição extra

Lei n. 11.086, de 31.12.2004 - Altera o inciso IV do § 4º do art. 7º, inclui os §§ 2º-A e 5º-A ao art. 19, altera o inciso III do § 1º do art. 29, acrescenta o § 4º ao art. 64 e o art. 100-A à Lei n. 10.934, de 11 de agosto de 2004, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2005 e dá outras providências.

Lei n. 11.085, de 31.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, e de Operações Oficiais de Crédito, crédito especial no valor global de R\$ 171.274.130,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.084, de 31.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério dos Transportes, crédito especial no valor de R\$ 62.055.888,00, para os fins que especifica, e dá outras providências.

Lei n. 11.083, de 31.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios do Meio Ambiente e da Integração Nacional, crédito suplementar no valor global de R\$ 78.284.705,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei n. 11.082, de 31.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Ministério dos Transportes, crédito suplementar no valor de R\$ 75.300.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.081, de 31.12.2004 - 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 Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 829.531.429,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

31 de dezembro de 2004

Emenda Constitucional n. 45 - Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

Lei n. 11.080, de 30.12.2004 - Autoriza o Poder Executivo a instituir Serviço Social Autônomo denominado Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI, e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei n. 11.079, de 30.12.2004 - Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Mensagem de veto

Lei n. 11.078, de 30.12.2004 - Antecipa parcela constante do Anexo III-B, da Lei n. 10.476, de 27 de junho de 2002, que trata da remuneração dos integrantes das Carreiras de Analista e Técnico do Ministério Público da União.

Lei n. 11.077, de 30.12.2004 - Altera a Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991, a Lei n. 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e a Lei n. 10.176, de 11 de janeiro de 2001, dispondo sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação e dá outras providências.

Lei n. 11.076, de 30.12.2004 - Dispõe sobre o Certificado de Depósito Agropecuário – CDA, o Warrant Agropecuário – WA, o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio – CDCA, a Letra de Crédito do Agronegócio – LCA e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio – CRA, dá nova redação a dispositivos das Leis n. 9.973, de 29 de maio de 2000, que dispõe sobre o sistema de armazenagem dos produtos agropecuários, 8.427, de 27 de maio de 1992, que dispõe sobre a concessão de subvenção econômica nas operações de crédito rural, 8.929, de 22 de agosto de 1994, que institui a Cédula de Produto Rural – CPR, 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, e altera a Taxa de Fiscalização de que trata a Lei n. 7.940, de 20 de dezembro de 1989, e dá outras providências.

Lei n. 11.075, de 30.12.2004 - Dispõe sobre a criação de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá nova redação a dispositivos das Leis n. 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.683, de 28 de maio de 2003, e 10.848, de 15 de março de 2004.

Medida Provisória n. 233, de 30.12.2004 - Cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, altera a denominação do Instituto Nacional do Semi-Árido - INSA, cria e extingue cargos públicos de provimento efetivo e em comissão, e dá outras providências.

30 de dezembro de 2004 - Edição extra

Lei n. 11.074, de 30.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério dos Transportes, crédito especial no valor de R\$ 63.195.800,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.073, de 30.12.2004 - 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\$ 153.541.935,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 11.072, de 30.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Ministério de Minas e Energia, do Ministério dos Transportes, de Operações Oficiais de Crédito e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 452.461.174,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.071, de 30.12.2004 - Altera o Programa Corredor Mercosul constante do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

Lei n. 11.070, de 30.12.2004 - Altera os Programas Brasil Patrimônio Cultural e Transferência da Gestão dos Perímetros Públicos de Irrigação constantes do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

Lei n. 11.069, de 30.12.2004 - Abre ao Orçamento de Investimento para 2004, em favor de diversas empresas estatais, crédito suplementar no valor total de R\$ 1.314.876.025,00 e reduz o Orçamento de Investimento de diversas empresas no valor global de R\$ 2.305.366.380,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.068, de 30.12.2004 - Dispõe sobre alterações dos Programas Gestão da Política dos Transportes, Corredor São Francisco, Corredor Leste, Corredor Transmetropolitano, Corredor Sudoeste, Corredor Mercosul e Corredor Nordeste, constantes do Plano Plurianual para o período 2004-2007, e dá outras providências.

Lei n. 11.067, de 30.12.2004 - Altera o Programa Combate à Criminalidade constante do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

Lei n. 11.066, de 30.12.2004 - Altera os Programas Desenvolvimento do Comércio Exterior, Competitividade das Cadeias Produtivas, Arranjos Produtivos Locais, Metrologia e Qualidade Industrial, Desenvolvimento do Sistema Financeiro Nacional e Apoio Administrativo constantes do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

Lei n. 11.065, de 30.12.2004 - Altera o Programa Segurança Pública nas Rodovias Federais constante do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

Lei n. 11.064, de 30.12.2004 - Altera o Programa Defesa da Ordem Jurídica constante do Plano Plurianual para o período 2004-2007

Lei n. 11.063, de 30.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério de Minas e Energia, crédito especial no valor de R\$ 66.600.000,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.062, de 30.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios do Meio Ambiente e da Integração Nacional, crédito especial no valor global de R\$ 1.542.677,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.061, de 30.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério das Comunicações, crédito especial no valor de R\$ 23.600.000,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.060, de 30.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Justiça Eleitoral, da Presidência da República, do Ministério Público da União e do Ministério das Relações Exteriores, crédito especial no valor global de R\$ 5.526.850,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.059, de 30.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Justiça, crédito especial no valor de R\$ 915.000,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.058, de 30.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Presidência da República e do Ministério Público da União, crédito especial no valor global de R\$ 26.500.000,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.057, de 30.12.2004 - Altera a redação dos itens II.2.II e III.3 do Anexo VII da Lei nº 10.837, de 16 de janeiro de 2004.

Lei n. 11.056, de 30.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e 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\$ 201.424.098,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 11.055, de 30.12.2004 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Saúde, crédito suplementar no valor de R\$ 368.481.871,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 232, de 30.12.2004 - Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências.

30 de dezembro de 2004

Lei n. 11.054, de 29.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Ministério dos Transportes e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 1.007.884.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.053, de 29.12.2004 - Dispõe sobre a tributação dos planos de benefícios de caráter previdenciário e dá outras providências.

Lei n. 11.052, de 29.12.2004 - Altera o inciso XIV da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pela Lei n. 8.541, de 23 de dezembro de 1992, para incluir entre os rendimentos isentos do imposto de renda os proventos percebidos pelos portadores de hepatopatia grave.

Lei n. 11.051, de 29.12.2004 - Dispõe sobre o desconto de crédito na apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins não cumulativas e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei n. 11.050, de 29.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Fazenda e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 127.026.404,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.049, de 29.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Justiça, crédito especial no valor de R\$ 24.793.000,00, para o fim que especifica.

Lei n. 11.048, de 29.12.2004 - Abre ao Orçamento de Investimento, para 2004, em favor de empresas do Grupo ELETROBRÁS, crédito especial no valor total de R\$ 139.346.339,00, para os fins que especifica.

Medida Provisória n. 231, de 29.12.2004 - Cria, na Carreira da Seguridade Social e do Trabalho, para lotação no Ministério da Saúde, os cargos que menciona, institui a Gratificação de Incentivo à Atividade Intensiva de Assistência à Saúde - GIAAS, e dá outras providências.

28 de dezembro de 2004 - Edição extra

Lei n. 11.047, de 28.12.2004 - 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\$ 111.711.808,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

28 de dezembro de 2004

Lei n. 11.046, de 27.12.2004 - Dispõe sobre a criação de Carreiras e do Plano Especial de Cargos do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM e dá outras providências.

24 de dezembro de 2004 - Edição extra

Lei n. 11.045, de 24.12.2004 - Altera o Programa Administração Tributária e Aduaneira constante do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

Lei n. 11.044, de 24.12.2004 - Altera a Lei nº 10.933, de 11 de agosto de 2004, que dispõe sobre o Plano Plurianual para o período 2004/2007.

Lei n. 11.043, de 24.12.2004 - Altera os Programas Descentralização dos Sistemas de Transporte Ferroviário Urbano de Passageiros, Mobilidade Urbana e Trilhos Urbanos constantes do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

Lei n. 11.042, de 24.12.2004 - Abre ao Orçamento de Investimento, para 2004, em favor de empresas do Grupo ELETROBRÁS, crédito suplementar no valor total de R\$ 166.390.544,00 e reduz o Orçamento de Investimento de empresas do mesmo Grupo no valor global de R\$ 799.000.814,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.041, de 24.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério dos Transportes, crédito especial no valor de R\$ 35.000.000,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.040, de 24.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios de Minas e Energia, dos Transportes e das Comunicações, e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 168.399.303,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária da União.

Lei n. 11.039, de 24.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Desenvolvimento Agrário, crédito suplementar no valor global de R\$ 107.950.379,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

23 de dezembro de 2004 - Edição extra

Lei n. 11.038, de 23.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Ciência e Tecnologia e da Previdência Social, crédito suplementar no valor global de R\$ 78.340.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

23 de dezembro de 2004

Lei n. 11.037, de 22.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, crédito especial no valor de R\$ 30.000.000,00, para os fins que especifica, e dá outras providências.

Lei n. 11.036, de 22.12.2004 - Altera disposições das Leis n. 10.683, de 28 de maio de 2003, e 9.650, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências.

Lei n. 11.035, de 22.12.2004 - Altera o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Lei n. 11.034, de 22.12.2004 - Altera dispositivos da Lei n. 9.657, de 3 de junho de 1998, que cria, no âmbito das Forças Armadas, a Carreira de Tecnologia Militar, a Gratificação de Desempenho de Atividade de Tecnologia Militar e os cargos que menciona, da Lei n. 10.551, de 13 de novembro de 2002, que dispõe sobre a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Controle e Segurança de Tráfego Aéreo - GDASA e da Gratificação Especial de Controle do Tráfego Aéreo - GECTA, e da Lei n. 10.910, de 15 de julho de 2004, que reestrutura a remuneração dos cargos das Carreiras de Auditoria da Receita Federal, Auditoria-Fiscal da Previdência Social, Auditoria-Fiscal do Trabalho, altera o pró-labore, devido aos ocupantes dos cargos efetivos da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, e a Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica - GDAJ, devida aos ocupantes dos cargos efetivos das Carreiras de Advogados da União, de Procuradores Federais, de Procuradores do Banco Central do Brasil, de Defensores Públicos da União e aos integrantes dos quadros suplementares de que trata o art. 46 da Medida Provisória n° 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 230, de 22.12.2004 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Saúde, da Defesa e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, no valor global de R\$ 569.100.000,00, para os fins que especifica e dá outras providências.

22 de dezembro de 2004

Lei n. 11.033, de 21.12.2004 - Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis n. 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências.

Lei n. 11.029, de 21.12.2004 - Autoriza a União a fornecer equipamentos e auxílio técnico aos países africanos, no combate à praga de gafanhotos.

21 de dezembro de 2004 - Edição extra

Lei n. 11.032, de 21.12.2004 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor

do Ministério da Saúde, crédito suplementar no valor de R\$ 950.000,00 para reforço de dotação constante da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.031, de 21.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Ciência e Tecnologia, da Cultura e do Esporte, crédito suplementar no valor global de R\$ 49.484.777,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 11.030, de 21.12.2004 - Altera o Programa Aqüicultura e Pesca do Brasil constante do Plano Plurianual para o período 2004-2007

Lei n. 11.028, de 21.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério das Cidades, crédito especial no valor de R\$ 6.290.000,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.027, de 21.12.2004 - Abre ao Orçamento de Investimento para 2004, em favor de empresas do Grupo PETROBRÁS, crédito especial no valor total de R\$ 179.286.733,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.026, de 21.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério das Cidades, crédito suplementar no valor de R\$ 3.561.600,00 para reforço de dotação consignada na Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 11.025, de 21.12.2004 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios do Trabalho e Emprego e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, crédito suplementar no valor global de R\$ 1.543.013.461,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.024, de 21.12.2004 - Abre ao Orçamento de Investimento para 2004, em favor das empresas Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – ELETRONORTE e Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, crédito suplementar no valor total de R\$ 33.260.000,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.023, de 21.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Fazenda, de Encargos Financeiros da União e de Operações Oficiais de Crédito, crédito especial no valor global de R\$ 31.563.502,00, para os fins que especifica, e dá outras providências.

Lei n. 11.022, de 21.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Senado Federal, do Superior Tribunal de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Presidência da República e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 86.910.146,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.021, de 21.12.2004 - Abre ao Orçamento de Investimento, para 2004, em favor da Companhia Docas do Espírito Santo - CODESA, crédito especial no valor total de R\$

2.000.000,00, para os fins que especifica.

Lei n. 11.020, de 21.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério das Cidades e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 20.000.000,00 para reforço de dotações consignadas na Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.019, de 21.12.2004 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, crédito suplementar no valor de R\$ 20.000.000,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.018, de 21.12.2004 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Previdência Social, crédito suplementar no valor de R\$ 94.522.255,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 11.017, de 21.12.2004 - Altera os Programas Gestão da Participação em Organismos Internacionais e Gestão das Políticas de Governo constantes do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

Lei n. 11.016, de 21.12.2004 - Altera os Programas Relações do Brasil com Estados Estrangeiros e Apoio Administrativo constantes do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

Lei n. 11.015, de 21.12.2004 - Altera os Programas Oferta de Petróleo e Gás Natural, Brasil com Todo Gás e cria o Programa Indústria Petroquímica no Plano Plurianual para o período 2004-2007.

Lei n. 11.014, de 21.12.2004 - Altera o Programa Pólo Industrial de Manaus constante do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

Lei n. 11.013, de 21.12.2004 - Altera o Programa Mudanças Climáticas e Meio Ambiente, constante do Plano Plurianual para o período 2004-2007, e inclui o Programa Litoral Brasileiro Sustentável.

Lei n. 11.012, de 21.12.2004 - Altera o Programa Inclusão Digital constante do Plano Plurianual para o período 2004-2007.

21 de dezembro de 2004

Lei n. 11.011, de 20.12.2004 - Dispõe sobre a concessão de subvenção para equalização de taxas de juros e outros encargos financeiros em operações de crédito para investimentos na Região Centro-Oeste, a serem contratadas até 31 de dezembro de 2005; acrescenta o art. 6º-A à Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001; e altera a redação do § 2º do art. 7º da Lei nº 9.126, de 10 de novembro de 1995.

20 de dezembro de 2004

Lei n. 11.008, de 17.12.2004 - Dispõe sobre o reajustamento dos valores dos soldos dos militares das Forças Armadas, e dá outras providências.

18 de dezembro de 2004 - Edição extra

Lei n. 11.010, de 17.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de diversos Órgãos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo e do Ministério Público da União, crédito suplementar no valor global de R\$ 570.354.785,00, para reforço de dotações consignadas na Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 11.009, de 17.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Cultura, do Esporte e do Turismo, crédito suplementar no valor global de R\$ 21.121.252,00, para os fins que especifica.

Medida Provisória n. 229, de 17.12.2004 - Acresce parágrafos ao art. 10 da Lei n. 9.615, de 24 de março de 1998, dá nova redação ao art. 3º da Lei n. 10.891, de 9 de julho de 2004, e prorroga os prazos previstos nos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

17 de dezembro de 2004

Lei n. 11.007, de 16.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Justiça e da Defesa, e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 631.132.857,00, para reforço de dotações consignadas na Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 11.006, de 16.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério das Cidades, de Operações Oficiais de Crédito e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 400.000.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.005, de 16.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Educação, crédito suplementar no valor de R\$ 70.237.676,00, para reforço de dotação constante da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.004, de 16.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério das Cidades, de Operações Oficiais de Crédito e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 400.000.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 11.003, de 16.12.2004 - Altera a Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação, de modo a incluir, na Relação Descritiva das Rodovias do Sistema Rodoviário Federal, a interligação das rodovias federais BR-405 e BR-116, com extremos localizados, respectivamente, nos Estados da Paraíba e do Ceará.

Lei n. 11.002, de 16.12.2004 - Denomina “Aeroporto de Belo Horizonte/Pampulha - MG - Carlos Drummond de Andrade” o aeroporto da cidade de Belo Horizonte - MG.

Lei n. 11.001, de 16.12.2004 - Abre, em favor dos Ministérios dos Transportes e da Integração Nacional, crédito extraordinário no valor de R\$ 60.000.000,00, para os fins que especifica.

16 de dezembro de 2004

Lei n. 11.000, de 15.12.2004 - Altera dispositivos da Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências.

Lei n. 10.999, de 15.12.2004 - Autoriza a revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994 e o pagamento dos valores atrasados nas condições que especifica.

Lei n. 10.998, de 15.12.2004 - Altera o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social.

Lei n. 10.997, de 15.12.2004 - Institui a Gratificação Específica do Seguro Social – GESS, altera disposições das Leis n. 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, e 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 Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, e dá outras providências.

Lei n. 10.996, de 15.12.2004 - Altera a legislação tributária federal e as Leis n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

Decreto n. 5.312, de 15.12.2004 - Dá nova redação ao art. 7º do Decreto n. 4.703, de 21 de maio de 2003, que dispõe sobre o Programa Nacional da Diversidade Biológica - PRONABIO e a Comissão Nacional de Biodiversidade.

15 de dezembro de 2004 - Edição extra

Lei n. 10.995, de 15.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério do Turismo, crédito suplementar no valor de R\$ 300.000,00 para reforço de dotação constante da Lei Orçamentária vigente.

15 de dezembro de 2004

Lei n. 10.994, de 14.12.2004 - Dispõe sobre o depósito legal de publicações, na Biblioteca Nacional, e dá outras providências.

Lei n. 10.993, de 14.12.2004 - Altera a redação do art. 5º da Lei nº 10.256, de 9 de julho de 2001, que trata da Seguridade Social.

Lei n. 10.992, de 14.12.2004 - Cria cargos de provimento efetivo e funções comissionadas no Quadro de Pessoal do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e dá outras providências.

Lei n. 10.991, de 14.12.2004 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Saúde, crédito suplementar no valor de R\$ 216.393.000,00 para reforço de dotações consignadas na Lei Orçamentária vigente e dá outras providências.

14 de dezembro de 2004

Lei n. 10.990, de 13.12.2004 - Altera o art. 25 da Lei n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política agrícola.

13 de dezembro de 2004 - Edição extra

Lei n. 10.989, de 13.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Educação, crédito suplementar no valor de R\$ 123.473.298,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 10.988, de 13.12.2004 - 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\$ 4.485.555.429,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.987, de 13.12.2004 - 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\$ 835.000,00, para os fins que especifica.

Lei n. 10.986, de 13.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Desenvolvimento Agrário, de Operações Oficiais de Crédito e da Reserva de Contingência, crédito suplementar no valor global de R\$ 433.418.458,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.985, de 13.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, crédito suplementar no valor de R\$ 2.791.452,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.984, de 13.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério

das Relações Exteriores, crédito suplementar no valor global de R\$ 9.200.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.983, de 13.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Justiça e da Defesa, crédito suplementar no valor global de R\$ 86.146.478,00, para reforço de dotações consignadas na Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 10.982, de 13.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Presidência da República, crédito suplementar no valor de R\$ 30.701.152,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.981, de 13.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Presidência da República, crédito suplementar no valor de R\$ 2.000.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.980, de 13.12.2004 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Saúde, crédito suplementar no valor de R\$ 199.450.000,00 para reforço de dotações consignadas na Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.979, de 13.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério das Cidades, crédito suplementar no valor de R\$ 25.000.000,00 para reforço de dotação consignada na Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

10 de dezembro de 2004 - (eletrônico)

Medida Provisória n. 228, de 9.12.2004 - Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição e dá outras providências.

8 de dezembro de 2004

Lei n. 10.978, de 7.12.2004 - Cria o Programa de Modernização do Parque Industrial Nacional - Modermaq e dá outras providências.

7 de dezembro de 2004

Medida Provisória n. 227, de 6.12.2004 - Dispõe sobre o Registro Especial, na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, de produtor ou importador de biodiesel e sobre a incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre as receitas decorrentes da venda desse produto, altera a Lei n. 10.451, de 10 de maio de 2002, e dá outras providências.

6 de dezembro de 2004

Lei n. 10.977, de 3.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União,

em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, crédito suplementar no valor de R\$ 40.688.018,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.976, de 3.12.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Supremo Tribunal Federal e do Ministério da Educação, crédito especial no valor global de R\$ 12.672,00, para os fins que especifica.

Lei n. 10.975, de 3.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de diversos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e do Ministério Público da União, crédito suplementar no valor global de R\$ 2.482.677.727,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.974, de 3.12.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, crédito suplementar no valor de R\$ 26.438.839,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

3 de dezembro de 2004

Lei n. 10.973, de 2.12.2004 - Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.

Lei n. 10.972, de 2.12.2004 - Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia - HEMOBRÁS e dá outras providências. Mensagem de veto

Consulta Pública - Regulamenta a Lei n. 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS.

30 de novembro de 2004

Medida Provisória n. 226, de 29.11.2004 - Institui o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado - PNMPO e altera dispositivos da Lei n. 8.029, de 12 de abril de 1990, que trata do apoio ao desenvolvimento de micro e pequenas empresas, da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMEF, da Lei n. 9.872, de 23 de novembro de 1999, que trata do Fundo de Aval para a Geração de Emprego e Renda - FUNPROGER, da Lei n. 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, que dispõe sobre a instituição de Sociedades de Crédito ao Microempreendedor, e da Lei n. 10.735, de 11 de setembro de 2003, que dispõe sobre o direcionamento de depósitos à vista captados pelas instituições financeiras para operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores, e dá outras providências.

23 de novembro de 2004

Medida Provisória n. 225, de 22.11.2004 - Autoriza a Caixa Econômica Federal, em caráter excepcional e por tempo determinado, a arrecadar e alienar os diamantes brutos em poder dos indígenas Cintas-Largas habitantes das Terras Indígenas Roosevelt, Parque Indígena Aripuanã, Serra Morena e Aripuanã.

16 de novembro de 2004

Lei n. 10.970, de 12.11.2004 - Altera dispositivos da Lei n. 7.678, de 8 de novembro de 1988, que dispõe sobre a produção, circulação e comercialização do vinho e derivados da uva e do vinho, e dá outras providências.

10 de novembro de 2004

Lei n. 10.969, de 9.11.2004 - Autoriza o Instituto Nacional do Seguro Social a doar imóvel que especifica à União Brasileira de Escritores.

Lei n. 10.968, de 9.11.2004 - Denomina “Aeroporto de São José dos Campos - Professor Urbano Ernesto Stumpf” o aeroporto da cidade de São José dos Campos, no Estado de São Paulo.

Lei n. 10.967, de 9.11.2004 - Abre crédito extraordinário, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor de R\$ 900.000.000,00 (novecentos milhões de reais), para os fins que especifica.

9 de novembro de 2004 - Edição extra

Lei n. 10.966, de 9.11.2004 - Autoriza a União a prestar auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País.

9 de novembro de 2004

Lei n. 10.965, de 8.11.2004 - Denomina “Ponte Presidente Tancredo de Almeida Neves” a ponte localizada na rodovia BR-497, sobre o rio Paranaíba entre os Estados de Minas Gerais e Mato Grosso do Sul.

29 de outubro de 2004

Lei n. 10.964, de 28.10.2004 - Dá nova redação a dispositivos das Leis de n. 8.010, de 29 de março de 1990, e 8.032, de 12 de abril de 1990, para estender a cientistas e pesquisadores a isenção tributária relativa a bens destinados à pesquisa científica e tecnológica; e faculta a inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, das pessoas jurídicas que especifica.

26 de outubro de 2004

Lei n. 10.963, de 25.10.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, crédito especial no valor de R\$ 20.000.000,00, para os fins que especifica. Mensagem de veto

22 de outubro de 2004

Medida Provisória n. 224, de 21.10.2004 - Altera dispositivos da Lei n. 9.657, de 3 de junho de 1998, que cria, no âmbito das Forças Armadas, a Carreira de Tecnologia Militar, a Gratificação de Desempenho de Atividade de Tecnologia Militar e os cargos que menciona, da Lei n. 10.551, de 13 de novembro de 2002, que dispõe sobre a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Controle e Segurança de Tráfego Aéreo - GDASA e da Gratificação Especial de Controle do Tráfego Aéreo - GECTA, e da Lei n. 10.910, de 16 de julho de 2004, que reestrutura a remuneração dos cargos das Carreiras de Auditoria da Receita Federal, Auditoria-Fiscal da Previdência Social, Auditoria-Fiscal do Trabalho, altera o pró-labore, devido aos ocupantes dos cargos efetivos da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, e a Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica - GDAJ, devida aos ocupantes dos cargos efetivos das Carreiras de Advogados da União, de Procuradores Federais, de Procuradores do Banco Central do Brasil, de Defensores Públicos da União e aos integrantes dos quadros suplementares de que trata o art. 46 da Medida Provisória n. 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências.

15 de outubro de 2004

Medida Provisória n. 223, de 14.10.2004 - Estabelece normas para o plantio e comercialização da produção de soja geneticamente modificada da safra de 2005, e dá outras providências.

13 de outubro de 2004

Lei n. 10.962, de 11.10.2004 - Dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor. (Mensagem de Veto)

Lei n. 10.961, de 11.10.2004 - Dispõe sobre a criação de cargos de provimento efetivo no Quadro de Pessoal do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região e dá outras providências.

8 de outubro de 2004

Lei n. 10.960, de 7.10.2004 - Altera a Lei n. 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação, de modo a incluir, na Relação Descritiva das Rodovias do Sistema Rodoviário Federal, o trecho rodoviário compreendido entre as localidades de Novo Lino (AL) e São José da Laje (AL), correspondente à interligação das rodovias BR-101 e BR-104.

7 de outubro de 2004

Lei n.º 10.959, de 6.10.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Educação, crédito suplementar no valor global de R\$ 130.000.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 10.958, de 6.10.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, crédito especial no valor de R\$ 30.000.000,00, para os fins que especifica, e dá outras providências.

Lei n. 10.957, de 6.10.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, crédito suplementar no valor de R\$ 41.500.000,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 10.956, de 6.10.2004 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério do Trabalho e Emprego, crédito suplementar no valor de R\$ 93.700.173,00, para reforço de dotação constante da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.955, de 6.10.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Integração Nacional, crédito especial no valor de R\$ 50.000.000,00, para os fins que especifica.

5 de outubro de 2004

Medida Provisória n. 222, de 4.10.2004 - Atribui ao Ministério da Previdência Social competências relativas à arrecadação, fiscalização, lançamento e normatização de receitas previdenciárias, autoriza a criação da Secretaria da Receita Previdenciária no âmbito do referido Ministério, e dá outras providências.

4 de outubro de 2004

Medida Provisória n. 221, de 1º.10.2004 - Dispõe sobre o Certificado de Depósito Agropecuário - CDA e o Warrant Agropecuário - WA, dá nova redação a dispositivos das Leis n. 9.973, de 29 de maio de 2000, que dispõe sobre o sistema de armazenagem dos produtos agropecuários, 8.427, de 27 de maio de 1992, que dispõe sobre a concessão de subvenção econômica nas operações de crédito rural, e 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, e altera a Taxa de Fiscalização de que trata a Lei n. 7.940, de 20 de dezembro de 1989.

Medida Provisória n. 220, de 1º.10.2004 - Dispõe sobre a criação de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá nova redação a dispositivos das Leis n.ºs 10.438, de 26 de abril de 2002, e 10.683, de 28 de maio de 2003.

1º de outubro de 2004

Medida Provisória n. 219, de 30.9.2004 - Dispõe sobre o desconto de crédito na apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e da Contribuição para o PIS/PASEP e COFINS não-cumulativas, e dá outras providências.

30 de setembro de 2004

Lei n. 10.954, de 29.9.2004 - Institui, no âmbito do Programa de Resposta aos Desastres, o Auxílio Emergencial Financeiro para atendimento à população atingida por desastres, residentes nos Municípios em estado de calamidade pública ou situação de emergência, dá nova redação ao § 2º do art. 26 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, ao art. 2º-A da Lei nº 9.604, de 5 de fevereiro de 1998, e dá outras providências. Mensagem de veto

28 de setembro de 2004 - Edição extra

Medida Provisória n. 218, de 27.9.2004 - Autoriza a União a fornecer equipamentos e auxílio técnico aos países africanos, no combate à praga de gafanhotos.

Medida Provisória n. 217, de 27.9.2004 - Abre crédito extraordinário aos Orçamentos Fiscal e de Investimento da União, para os fins que especifica.

28 de setembro de 2004

Lei n. 10.953, de 27.9.2004 - Altera o art. 6º da Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento.

24 de setembro de 2004

Medida Provisória n. 216, de 23.9.2004 - Dispõe sobre a criação do Plano de Carreira dos Cargos de Reforma e Desenvolvimento Agrário do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA e a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária - GDARA, altera a Lei n. 10.550, de 13 de novembro de 2002, reestrutura os cargos efetivos de Agente de Inspeção Sanitária e Industrial de Produtos de Origem Animal e de Agente de Atividades Agropecuárias do Quadro de Pessoal do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e reajusta as parcelas remuneratórias que lhe são devidas, institui a Gratificação Específica de Publicação e Divulgação da Imprensa Nacional - GEPDIN, e dá outras providências.

23 de setembro de 2004

Lei n. 10.952, de 22.9.2004 - Inscreve o nome de Chico Mendes no “Livro dos Heróis da Pátria”.

Lei n. 10.951, de 22.9.2004 - Reorganiza o Quadro Especial de Terceiros-Sargentos do Exército, dispõe sobre a promoção de soldados estabilizados do Exército à graduação de cabo e dá outras providências.

21 de setembro de 2004

Lei n. 10.950, de 20.9.2004 - Amplia o limite a que se refere o item III.4 do Anexo VII da Lei n. 10.837, de 16 de janeiro de 2004.

Lei n. 10.949, de 20.9.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Fazenda e de Operações Oficiais de Crédito, crédito suplementar no valor global de R\$ 206.524.299,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

17 de setembro de 2004

Lei n. 10.948, de 16.9.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de diversos órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo, crédito suplementar no valor global de R\$ 2.180.400.447,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.947, de 16.9.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Justiça Eleitoral, crédito suplementar no valor global de R\$ 30.300.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.946, de 16.9.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Defesa, crédito suplementar no valor de R\$ 754.729.132,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.945, de 16.9.2004 - Cria cargos e funções no Quadro de Pessoal da Secretaria do Supremo Tribunal Federal.

Lei n. 10.944, de 16.9.2004 - Altera o art. 8º da Lei nº 10.475, de 27 de junho de 2002.

Lei n. 10.943, de 16.9.2004 - Dispõe sobre a criação de cargos em comissão e funções comissionadas no Quadro de Pessoal do Superior Tribunal de Justiça e dá outras providências.

Lei n. 10.942, de 16.9.2004 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Saúde, crédito suplementar no valor de R\$ 33.016.820,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Medida Provisória n. 215, de 16.9.2004 - Dispõe sobre o reajustamento dos valores dos soldos dos militares das Forças Armadas, e dá outras providências.

16 de setembro de 2004

Lei n. 10.941, de 15.9.2004 - Altera os itens II e III do Anexo VII da Lei n. 10.837, de 16 de janeiro de 2004.

14 de setembro de 2004

Medida Provisória n. 214, de 13.9.2004 - Altera dispositivos das Leis n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999.

13 de setembro de 2004

Medida Provisória n. 213, de 10.9.2004 - Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior, e dá outras providências.

10 de setembro de 2004

Medida Provisória n. 212, de 9.9.2004 - Altera dispositivos da Lei n. 9.266, de 15 de março de 1996, que reorganiza as classes da Carreira Policial Federal e fixa a remuneração dos cargos que as integram, e da Lei n. 9.654, de 2 de junho de 1998, que cria a Carreira de Policial Rodoviário Federal; institui a Gratificação Específica de Apoio Técnico-Administrativo à Atividade Policial Federal - GEAPE, o Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, a Gratificação Específica de Apoio Técnico-Administrativo à Atividade Policial Rodoviária Federal - GEAPRF e a Gratificação de Incremento à Atividade de Administração do Patrimônio da União - GIAPU, e dá outras providências.

8 de setembro de 2004

Medida Provisória n. 211, de 6.9.2004 - Abre, em favor dos Ministérios dos Transportes e da Integração Nacional, crédito extraordinário no valor de R\$ 60.000.000,00, para os fins que especifica.

3 de setembro de 2004

Lei Complementar n. 117, de 2.9.2004 - Altera a Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, para estabelecer novas atribuições subsidiárias.

31 de agosto de 2004 - Edição extra

Medida Provisória n. 210, de 31.8.2004 - Altera dispositivos da Medida Provisória n. 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, que dispõe sobre a criação, reestruturação e organização de carreiras,

cargos e funções comissionadas técnicas no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, da Lei n. 8.691, de 28 de julho de 1993, que dispõe sobre o Plano de Carreiras para a área de Ciência e Tecnologia da Administração Federal Direta, das Autarquias e das Fundações Federais, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, da Lei n. 9.650, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre o Plano de Carreira dos servidores do Banco Central do Brasil, da Lei n. 10.768, de 19 de novembro de 2003, que dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Agência Nacional de Águas - ANA, e da Lei n. 10.871, de 20 de maio de 2004, que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências.

30 de agosto de 2004

Lei n. 10.940, de 27.8.2004 - Altera e acrescenta dispositivos à Lei n. 10.748, de 22 de outubro de 2003, que cria o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens – PNPE e à Lei n. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre o Serviço Voluntário, e dá outras providências. Mensagem de veto

27 de agosto de 2004

Lei n. 10.939, de 26.8.2004 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Integração Nacional, no valor de R\$ 32.000.000,00, para os fins que especifica.

Medida Provisória n. 209, de 26.8.2004 - Dispõe sobre a tributação dos planos de benefícios de caráter previdenciário e dá outras providências.

20 de agosto de 2004 - Edição extra

Mensagem de Veto Total n. 498, de 20.8.2004 - Altera a redação dos §§ 7º e 8º do art. 54 da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.

Medida Provisória n. 208, de 20.8.2004 - Altera dispositivos da Lei n. 9.678, de 3 de julho de 1998, que institui a Gratificação de Estímulo à Docência no Magistério Superior, e dá outras providências.

16 de agosto de 2004 - Edição extra

Medida Provisória n. 207, de 13.8.2004 - Altera disposições das Leis n. 10.683, de 28 de maio de 2003, e 9.650, de 27 de maio de 1998.

13 de agosto de 2004

Lei n. 10.938, de 12.8.2004 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Defesa, para os fins que especifica.

Lei n. 10.937, de 12.8.2004 - Dispõe sobre a remuneração dos militares, a serviço da União, integrantes de contingente armado de força multinacional empregada em operações de paz, em cumprimento de obrigações assumidas pelo Brasil em entendimentos diplomáticos ou militares, autorizados pelo Congresso Nacional e sobre envio de militares das Forças Armadas para o exercício de cargos de natureza militar junto a organismo internacional.

Lei n. 10.936, de 12.8.2004 - Altera a Lei n.º 10.555, de 13 de novembro de 2002, que autoriza condições especiais para o crédito de valores iguais ou inferiores a R\$ 100,00, de que trata a Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001, e dá outras providências.

Lei n. 10.935, de 12.8.2004 - Abre crédito extraordinário aos Orçamentos Fiscal e de Investimento da União, em favor dos Ministérios da Justiça, dos Transportes e da Defesa, para os fins que especifica.

12 de agosto de 2004 - Edição extra

Lei n. 10.934, de 11.8.2004 - Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2005 e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei n. 10.933, de 11.8.2004 - Dispõe sobre o Plano Plurianual para o período 2004/2007. Mensagem de veto

9 de agosto de 2004

Medida Provisória n. 206, de 6.8.2004 - Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais, institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 205, de 6.8.2004 - Dispõe sobre a concessão de subvenção para equalização de taxas de juros e outros encargos financeiros em operações de crédito para investimentos na Região Centro-Oeste, a serem contratadas até 30 de junho de 2005, acrescenta o art. 6º-A à Lei n. 10.177, de 12 de janeiro de 2001, e altera a redação do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.126, de 10 de novembro de 1995.

4 de agosto de 2004

Lei n. 10.932, de 3.8.2004 - Altera o art. 4º da Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que “dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências”.

3 de agosto de 2004

Lei n. 10.931, de 2.8.2004 - Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito

Bancário, altera o Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, n. 4.728, de 14 de julho de 1965, e n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Mensagem de Veto

Lei n. 10.930, de 2.8.2004 - Altera dispositivos da Lei n. 10.356, de 27 de dezembro de 2001 - Plano de Carreira do Tribunal de Contas da União, e dá outras providências.

Lei n. 10.929, de 2.8.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de diversos Órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, crédito suplementar no valor global de R\$ 14.978.026,00 (quatorze milhões, novecentos e setenta e oito mil e vinte e seis reais), para os fins que especifica.

Lei n. 10.928, de 2.8.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério dos Transportes, crédito suplementar no valor de R\$ 140.000.000,00, para reforço de dotação constante da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 204, de 2.8.2004 - Autoriza o Poder Executivo a fornecer ajuda humanitária à República do Paraguai com a finalidade de dar suporte às vítimas do incêndio ocorrido na cidade de Assunção, em 1º de agosto de 2004.

2 de agosto de 2004

Lei n. 10.927, de 30.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Justiça, crédito suplementar no valor global de R\$ 22.000.000,00, para reforço de dotações consignadas na Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

29 de julho de 2004

Lei n. 10.926, de 28.7.2004 - Abre ao Orçamento de Investimento, para 2004, em favor de empresas do Grupo Petrobrás, crédito especial no valor total de R\$ 1.004.508.016,00, para os fins que especifica.

Medida Provisória n. 203, de 28.7.2004 - Altera dispositivos da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências.

26 de julho de 2004

Lei n. 10.925, de 23.7.2004 - Reduz as alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS incidentes na importação e na comercialização do mercado interno de fertilizantes e defensivos agropecuários e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei n. 10.924, de 23.7.2004 - Denomina “Jadriel Matos” o Anel Rodoviário de Vitória da Conquista, no Estado da Bahia.

Mensagem de Veto Total n. 444, de 23.7.2004 -Projeto de Lei n. 37, de 2004 (n. 3.113/00 na Câmara dos Deputados), que “Institui o Programa de Bolsas de Manutenção para Atletas”.

Medida Provisória n. 202, de 23.7.2004 - Altera a legislação tributária federal.

Medida Provisória n. 201, de 23.7.2004 - Autoriza a revisão dos benefícios previdenciários concedidos, com data de início posterior a fevereiro de 1994, e o pagamento dos valores atrasados nas condições que especifica.

23 de julho de 2004

Lei n. 10.923, de 22.7.2004 - Concede pensão especial a Orlando Lovecchio Filho.

21 de julho de 2004

Medida Provisória n. 200, de 20.7.2004 - Dispõe sobre o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social - PSH.

20 de julho de 2004

Lei n. 10.922, de 19.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Educação, crédito suplementar no valor de R\$ 15.696.060,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.921, de 19.7.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Ciência e Tecnologia e da Educação, crédito suplementar no valor global de R\$ 462.736.623,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 10.920, de 19.7.2004 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Saúde, crédito suplementar no valor de R\$ 24.593.189,00 para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.919, de 19.7.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e 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\$ 246.766.806,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.918, de 19.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Justiça Eleitoral e da Presidência da República, crédito suplementar no valor global de R\$ 109.960.000,00, para reforço de dotações consignadas na Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.917, de 19.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Justiça e da Defesa, crédito suplementar no valor global de R\$ 43.238.111,00, para reforço de dotações consignadas na Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 10.916, de 19.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Justiça Eleitoral e da Presidência da República, crédito suplementar no valor global de R\$ 10.464.261,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.915, de 19.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Justiça e da Defesa, crédito especial no valor global de R\$ 20.491.034,00, para os fins que especifica.

Lei n. 10.914, de 19.7.2004 - Abre ao Orçamento de Investimento, para 2004, em favor de diversas empresas estatais federais, crédito suplementar no valor total de R\$ 212.693.701,00, para os fins que especifica.

Lei n. 10.913, de 19.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Defesa, crédito suplementar no valor global de R\$ 299.698.767,00, para reforço de dotações consignadas na Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

16 de julho de 2004 - Edição Extra

Lei n. 10.912, de 15.7.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Ciência e Tecnologia e da Educação, crédito especial no valor global de R\$ 20.020.000,00, para os fins que especifica, e dá outras providências.

Lei n. 10.911, de 15.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Ciência e Tecnologia, crédito suplementar no valor de R\$ 16.000.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 10.910, de 15.7.2004 - Reestrutura a remuneração dos cargos das carreiras de Auditoria da Receita Federal, Auditoria-Fiscal da Previdência Social, Auditoria-Fiscal do Trabalho, altera o pró-labore, devido aos ocupantes dos cargos efetivos da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, e a Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica – GDAJ, devida aos ocupantes dos cargos efetivos das carreiras de Advogados da União, de Procuradores Federais, de Procuradores do Banco Central do Brasil, de Defensores Públicos da União e aos integrantes dos quadros suplementares de que trata o art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei n. 10.909, de 15.7.2004 - Dispõe sobre a reestruturação das Carreiras de Procurador da Fazenda Nacional, de Advogado da União, de Procurador Federal, de Procurador do Banco Central do Brasil e de Defensor Público da União, e dá outras providências. Mensagem de veto 10.908, de 15.7.2004 - Institui Gratificação Específica de Apoio Técnico-Administrativo e Técnico-Marítimo às Instituições Federais de Ensino - GEAT e dá outras providências.

Lei n. 10.907, de 15.7.2004 - Institui a Gratificação Específica de Apoio Técnico-Administrativo da Advocacia-Geral da União - GEATA, altera a Lei n. 10.480, de 2 de julho de 2002, e dá outras providências.

Lei n. 10.906, de 15.7.2004 - Amplia o limite a que se refere o item III.4 do Anexo VII da Lei n. 10.837, de 16 de janeiro de 2004.

Lei n. 10.905, de 15.7.2004 - Amplia o limite a que se refere o item III.4 do Anexo VII da Lei n. 10.837, de 16 de janeiro de 2004.

Lei n. 10.904, de 15.7.2004 - Altera a redação dos itens II e III do Anexo VII da Lei n. 10.837, de 16 de janeiro de 2004.

Medida Provisória n. 199, de 15.7.2004 - Institui a Gratificação Específica do Seguro Social - GESS, altera disposições das Leis n. 10.855, de 1^o de abril de 2004, que dispõe sobre a reestruturação da Carreira Previdenciária, de que trata a Lei n. 10.355, de 26 de dezembro de 2001, instituindo a Carreira do Seguro Social, e 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 Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 198, de 15.7.2004 - Altera dispositivos das Leis n^{os} 10.404, de 9 de janeiro de 2002, que dispõe sobre a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA, 10.483, de 3 de julho de 2002, que dispõe sobre a estruturação da Carreira da Seguridade Social e do Trabalho no âmbito da Administração Pública Federal, 10.882, de 9 de junho de 2004, que dispõe sobre a criação do Plano Especial de Cargos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e da Gratificação Temporária de Vigilância Sanitária, institui a Gratificação Específica da Seguridade Social e do Trabalho - GESST, e dá outras providências.

16 de julho de 2004

Lei n. 10.903, de 15.7.2004 - Abre ao Orçamento de Investimento, para 2004, em favor de empresas do Grupo PETROBRÁS, crédito suplementar no valor total de R\$ 2.988.996.126,00 e reduz o Orçamento de Investimento das mesmas empresas no valor global de R\$ 5.094.944.386,00, para os fins que especifica.

Lei n. 10.902, de 15.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Justiça Eleitoral, crédito especial no valor de R\$ 964.916,00, para os fins que especifica.

Lei n. 10.901, de 15.7.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Educação e de Minas e Energia, crédito especial no valor de R\$ 46.223,00, para os fins que especifica.

Lei n. 10.900, de 15.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Desenvolvimento Agrário, crédito suplementar no valor global de R\$ 433.400.000,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 10.899, de 15.7.2004 - Abre ao Orçamento de Investimento, para 2004, em favor de diversas empresas estatais federais, crédito especial no valor total de R\$ 31.408.596,00, para os fins que especifica.

Lei n. 10.898, de 15.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério das Cidades, crédito suplementar no valor de R\$ 16.176.000,00, para reforço de dotação consignada na Lei Orçamentária vigente, e dá outras providências.

Lei n. 10.897, de 15.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, crédito suplementar no valor de R\$ 60.313.695,00 para reforço de dotação constante da Lei Orçamentária vigente.

15 de julho de 2004

Lei n. 10.896, de 14.7.2004 - Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Defesa, crédito especial no valor de R\$ 13.300.000,00, para os fins que especifica.

Lei n. 10.895, de 14.7.2004 - Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Defesa, crédito suplementar no valor de R\$ 210.000.000,00, para reforço de dotações consignadas na Lei Orçamentária vigente.

Lei n. 10.894, de 14.7.2004 - Declara Patrono da Geografia Nacional o geógrafo MILTON SANTOS

14 de julho de 2004

Lei n. 10.893, de 13.7.2004 - Dispõe sobre o Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM e o Fundo da Marinha Mercante - FMM, e dá outras providências. Mensagem de veto

Lei n. 10.892, de 13.7.2004 - Altera os arts. 8º e 16 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, e dá outras providências.

12 de julho de 2004

Lei n. 10.891, de 9.7.2004 - Institui a Bolsa-Atleta. Mensagem de veto

8 de julho de 2004

Medida Provisória n. 197, de 7.7.2004 - Cria o Programa de Modernização do Parque Industrial Nacional - Modermaq, e dá outras providências.

2 de julho de 2004 - Edição Extra

Lei n. 10.890, de 2.7.2004 - Autoriza, em caráter excepcional, a antecipação da transferência de recursos prevista no art. 1º-A da Lei n. 10.336, de 19 de dezembro de 2001, nas condições que especifica.

Medida Provisória n. 196, de 2.7.2004 - Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Meio Ambiente, no valor de R\$ 86.080.000,00 para os fins que especifica.

Este número da revista foi composto na fonte GoudyOlSt BT, corpo 11.
O miolo foi impresso em papel AP 75 g/m² e a capa em cartão supremo 250 g/m².
Impresso pela Gráfica LCR.



e-mail: graficalcr@px.com.br
www.graficalcr.com.br
(85) 3272.7844