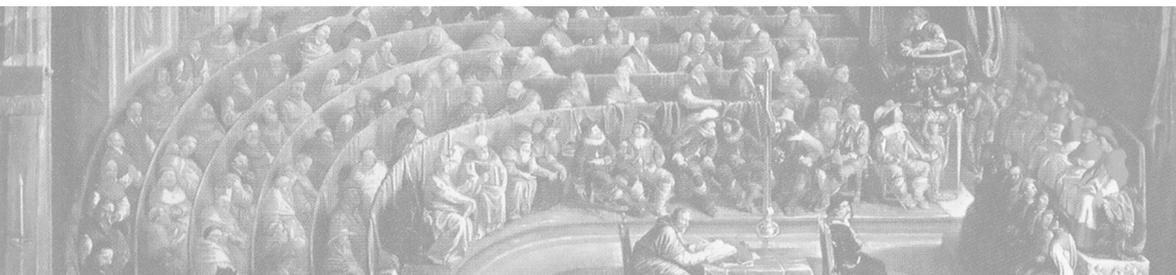




NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC



NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Fortaleza

2006

NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Volume 25 – Jan./Dez./2006

Comissão de Redação

Prof^ª. Denise Lucena Cavalcante

Prof^ª. Ana Maria D'Ávila Lopes

Conselho Editorial

Prof. Paulo Bonavides – Professor Emérito da UFC

Prof. Raimundo Bezerra Falcão – UFC

Prof. Wolf Paul – Universidade de Frankfurt

Prof. Jorge de Miranda – Universidade de Lisboa

Prof. Francisco Queiroz Cavalcanti – UFPE

Prof^ª. Denise Lucena Cavalcante – UFC

Prof^ª. Germana de Oliveira Moraes – UFC

Prof. Eros Roberto Grau – USP

Prof. Francisco Gérson Marques de Lima – UFC

Prof^ª. Ana Maria D'Ávila Lopes – UFC

Prof. Willis Santiago Guerra Filho – UFC

Capa e Editoração

Jônatas Barros

Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.
v. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. anual.
Órgão oficial do Curso de Mestrado em Direito da Universidade
Federal do Ceará.

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico

1 - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito
Curso de Mestrado em Direito



SOBRE OS AUTORES

Afonso de Paula Pinheiro Rocha

Mestrando em Direito na UFC. Bolsista CAPES.

Agamenon Bezerra

Doutor em Ciência Política. Professor do Mestrado em Direito da UFC.

Alexandre Coutinho Pagliarini

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor, Coordenador de Pós-Graduação Lato Sensu e Vice-Coordenador do Mestrado em Direito da UniBrasil. Professor do CEU (Centro de Extensão Universitária/SP), da ABDCConst (Academia Brasileira de Direito Constitucional) e da Facinter. Colaborador do IBEC (Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais).

Álvaro Melo Filho

Professor do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Livre-Docente em Direito Desportivo. Membro da FIFA, da International Sport Law Association, da Comissão de Estudos Jurídicos Esportivos do Ministério de Esporte, do IBDD e da Comissão de Direito Desportivo do Conselho Federal da OAB. Consultor da ONU na área de Direito Desportivo.

Ana Maria D'Ávila Lopes

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC e da UNIFOR.

Antonio Sergio Peixoto Marques

Promotor de Justiça. Especialista em Direito Constitucional pela UECE/ESMP-CE e mestrando em Direito (Ordem Constitucional) na UFC.

Cláudio Cezar Paula Pessoa Costa e Silva

Mestre. Juiz da Vara de Família em Fortaleza.

Denise Lucena Cavalcante

Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC. Professora de Direito Tributário e Financeiro da Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFC. Procuradora da Fazenda Nacional.

Hugo de Brito Machado

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

João Luis Nogueira Matias

Juiz Federal. Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito na USP. Professor dos cursos de Mestrado em Direito da UFC e da UNIFOR.

Joyceane Bezerra de Menezes

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Coordenadora do Curso de Direito da UNIFOR. Professora do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da UNIFOR

Julio Alberto Díaz

Pós-doutor pela University of Ottawa (bolsista CAPES). Doutor em Direito Civil pela UFMG. Professor da UNIFOR

Juvêncio Vasconcelos Viana

Procurador do Estado do Ceará. Professor da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito Processual pela USP.

Leda Rouquayrol Guillemette

Mestre em Direito pela UFC. Doutora pela Université Paris IX – Dauphine. Professora titular na Université du Havre. Professora convidada na Université de la Sorbonne Nouvelle – Paris III. Destacada junto à Comissão Europeia pelo Ministério das Relações Exteriores francês. Presidente da Associação europeia CEFICALE.

Manuel Faustino

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Pós-Graduado em Estudos Europeus pela Universidade Católica Portuguesa. Pós-Graduado em Derecho Tributario e em Derecho Tributario Internacional pela Universidad de Salamanca. Ex-funcionário da Direção Geral dos Impostos - Portugal. Atualmente é Técnico Consultor no Banco de Portugal, no Departamento de Serviços Jurídicos (DJU), na área das consultas de natureza jurídica tributária.

Paulo Quezado

Advogado em Fortaleza-CE.

Pedro T. Nevado-Batalla Moreno

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca.

Raimundo Bezerra Falcão

Livre Docente. Professor de Filosofia do Direito na graduação e de Hermenêutica no mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFC.

Raimundo Helio Leite

Doutor. Livre Docente. Professor de Informática Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

Reginaldo da Costa

Professor de Filosofia do Estado e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFC, Professor de Ética Contemporânea do Mestrado em Filosofia da UECE e membro do Grupo de Pesquisa Ética e Direitos Humanos.

Regis Frota Araujo

Professor Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Santiago de Compostela (Espanha). Presidente da Asociación Ibero-americana de Derecho Constitucional Económico – AIADCE. Professor Doutor de Direito Constitucional da UFC.

Rholden Botelho de Queiroz

Mestre em Direito pela UFC. Procurador da Fazenda Nacional.

Rui Verlaine Oliveira Moreira

Doutor. Professor de Lógica Jurídica e Hermenêutica Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.



EDITORIAL

Apresentamos a comunidade jurídica brasileira mais um número da Revista NOMOS editada pela Pós-graduação em Direito da Centenária Universidade Federal do Ceará.

Este exemplar conta com a participação de juristas de renome, no âmbito nacional e internacional, caracterizando-se pela variedade dos temas abordados e pela profundidade com que cada autor os apresenta.

A Revista NOMOS a cada dia aumenta sua importância no cenário acadêmico, sendo desde a sua primeira edição - 1978 - uns dos mais importantes periódicos do Brasil.

A relevância acadêmica da Revista NOMOS é hoje percebida pela comunidade científica, inclusive pela forte e constante participação da doutrina estrangeira que tem exercido grande influência na Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Hoje se confirma o pensamento sábio do então Reitor da Universidade Federal do Ceará, Professor Pedro Teixeira Barroso, ao editar o prefácio da 1ª edição da NOMOS em 1978: *"...Estou persuadido de que esta Revista, apresentando colaborações da melhor qualidade, revelando o esforço unitário e homogêneo das equipes integrantes dos três Cursos de Mestrado (Ceará, Pernambuco e Bahia) – na busca de conhecimentos fundamentais, na exploração de temas da maior significação para os estudos especializados a que devotamente se entregam, num permanente trabalho de investigação e de análise, no exercício, enfim, de atividades renovadoras e construtivas – há de encontrar honrosa acolhida no ambiente jurídico nacional."*

Sem dúvida, a NOMOS encontrou honrosa acolhida no ambiente jurídico nacional!

Fortaleza, dezembro de 2006.

Denise Lucena Cavalcante

Coordenadora



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

POPULISMO, CORONELISMO E MUNICÍPIO NA ERA PÓS-VARGAS (1946-1964)

Agamenon Bezerra13

DIREITOS HUMANOS, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA NA NAÇÃO E NO MUNDO

Alexandre Coutinho Pagliarini21

DA AUTONOMIA DESPORTIVA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL

Álvaro Melo Filho33

A DUPLA CIDADANIA PARTICIPATIVA: A IDÉIA DE CIDADANIA NACIONAL E COSMOPOLITA

Antonio Sergio Peixoto Marques.....47

DOS TRIBUTOS PARA AS FINANÇAS: AMPLIAÇÃO DE FOCO

Denise Lucena Cavalcante67

SEGURANÇA JURÍDICA E A QUESTÃO DA HIERARQUIA DA LEI COMPLEMENTAR

Hugo de Brito Machado79

ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM PÚBLICA E PRIVADA

João Luis Nogueira Matias, Afonso de Paula Pinheiro Rocha.....97

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL – E O DIREITO SUCESSÓRIO?

Joyceane Bezerra de Menezes113

ALGUMAS NOTAS ACERCA DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Juvêncio Vasconcelos Viana129

A REFORMA PROCESSUAL PENAL. UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Paulo Quezado139

AXIOLOGIA E INTERPRETAÇÃO <i>Raimundo Bezerra Falcão</i>	155
LENTIDÃO DA JUSTIÇA: COMPROVAÇÃO EMPÍRICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS DE FORTALEZA <i>Raimundo Helio Leite, Rui Verlaine Oliveira Moreira, Cláudio Cezar Paula Pessoa Costa e Silva</i>	161
KANT E A IMPOSSIBILIDADE DE UMA ONTOLOGIA JURÍDICA CIENTÍFICA <i>Reginaldo da Costa</i>	175
DA EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS <i>Rholden Botelho de Queiroz</i>	185

DOCTRINA ESTRANGEIRA

DERECHOS HUMANOS, INDÍGENAS Y MULTICULTURALISMO <i>Ana Maria D´Ávila Lopes</i>	209
UNJUST ENRICHMENT AND ROMAN LAW <i>Julio Alberto Díaz</i>	221
A UNIÃO EUROPÉIA E A POLÍTICA DE COOPERAÇÃO E AJUDA EXTERIOR AO BRASIL <i>Leda Rouquayrol Guillemette</i>	237
PLANEAMENTO FISCAL EM IRS <i>Manuel Faustino</i>	249
CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS <i>Pedro T. Nevado-Batalla Moreno</i>	265
NOTAS Y COMENTARIOS SOBRE EL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO <i>Regis Frota Araujo</i>	279



POPULISMO, CORONELISMO E MUNICÍPIO NA ERA PÓS-VARGAS (1946-1964)

*Agamenon Bezerra**

RESUMO

O objetivo deste ensaio é descrever as condições do município brasileiro no período conhecido como a “Era Pós-Vargas (1946-1964)”. Este período é caracterizado pela “política do populismo”, isto é, um processo que ligava pessoas a determinados encadeamentos que enfatizavam a troca de votos por recursos do governo e às agências de destinação de recursos criadas por fundos públicos. Esse processo, que funcionava sob a direção de políticos que se caracterizavam pela falta de compromissos com princípios gerais e ideológicos, resultou na organização de um eleitorado dentro de uma rede de facções políticas amorfas com penetração em todas as correntes partidárias. Em nível municipal, seus maiores beneficiados foram os latifundiários, também conhecidos como “coronéis”.

Palavras-chave

Populismo. Era Pós-Vargas. Eleições

ABSTRACT

The purpose of this paper is to describe and analyze the status of the Brazilian município in the period known as the Post-Vargas Era (1946-1964). This period was characterized by its “politics of populism”, that is, a process that linked persons into networks focusing upon the exchange of votes for resources of the government and the wealth-producing and distributing agencies which public funds had created. This process functioned under the manipulative guidance of politicians who were characterized by no commitment to general principles or ideology; it led to the organization of the electorate within a network of amorphous political factions cutting across all party lines. The greatest beneficiaries of this process, at the local or grass roots level, were the large landowners in the municípios, also known as coronéis.

Key-words

Populism. Post-Vargas Era. Election

No dia 29 de outubro, de 1945, o Estado Novo chegou ao fim. As forças armadas, mais uma vez, exercitaram a sua capacidade de intervir: depuseram Vargas e transferiram o âmbito do poder para a sua esfera de influência.

* Doutor em Ciência Política. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Várias causas precipitaram o episódio. Apesar dos arquitetos da derrocada de Vargas terem sido os militares, muitas pressões de várias outras fontes contribuíram para a queda do ditador. Dentre estas, a marcha dos aliados em busca da vitória, na Europa, em 1944, sem dúvida, provocou a chama que acendeu o pavio que culminou na queda de Vargas e espalhou a tendência para a democratização do Brasil e outras nações do Hemisfério Ocidental. A Segunda Guerra Mundial, que simbolizava o triunfo da democracia sobre a ditadura nazi-fascista, resultou também em conseqüências políticas imprevistas para a América Latina.

O fim dos quinze anos de mando de Vargas e o retorno do país ao governo constitucional e à democracia trouxeram uma nova era política para o Brasil. Como Herbert Herring bem o expressou, “o povo procuraria agora expiar a sua apostasia da fé republicana e fazer um novo começo.”¹

Este novo começo foi caracterizado por profundas mudanças no sistema político do país. No lado político, a Constituição agora garantia uma plenitude de anos eleitorais, já que as eleições presidenciais e congressionais não eram realizadas simultaneamente. Igualmente significativa era a rapidez da mudança econômica que se verificava no país inteiro. O ritmo de urbanização e da industrialização incentivou a que ocorressem conseqüências profundas e imediatas no cenário político brasileiro. O afastamento de Vargas iniciou a criação de uma nova estrutura legal para acompanhar a nova era democrática: partidos políticos tinham que ser criados a fim de ensejar oportunidades através das quais o povo, agora emancipado com o retorno da via democrática, pudesse expressar as suas diferenças e resolver os seus conflitos nas urnas.

Como resultado destas tendências sociopolíticas, o sistema político do país assumiu o aspecto de um “estado múltiplo” no qual muitos interesses, em vez dos quase únicos interesses agrários, dominantes no passado, desenvolveram acordos e compromissos e no qual a classe média urbana tinha que ser levada em consideração pelos novos competidores do poder.² A hegemonia política dos interesses cafeeiros, ou mais precisamente, o poder político dos setores do país voltados à exportação, tinham agora alcançado um declínio;³ com o aumento na diferenciação econômica e social através do país, nenhum outro grupo dominante tinha tomado o seu lugar.⁴

A decadência da aristocracia agrária e o fracasso em fazer emergir uma burguesia nacional forte para exercer o novo papel que se tornara disponível,

¹ HERRING, Hebert. *A History of Latin America*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1961, p. 769.

² LOPES, Juarez R. B. Some Basic Developments in Brazilian Politics and Society. In: Eric N. Baklanoff (org.), *New Perspectives of Brazil*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1966, p. 6

³ Este declínio tem sido atribuído ao fato de que a industrialização brasileira, durante o período pós-Vargas, resultou, em larga escala, da implementação e expansão de empresas manufatureiras estrangeiras. Ver ROSENBAUM, H. Jon. TYLER, William G. (orgs). *Contemporary Brazil: Issues in Economic and Political Development*. New York: Praeger publishers, 1972, p. 4

⁴ LOPES, J. op cit., p. 67.

resultou no desenvolvimento de um vácuo político. Na medida em que a industrialização aumentava, ocorria também um forte incremento na migração interna para as cidades à procura de novos empregos e novas oportunidades.

O influxo da população para os centros urbanos, juntamente com a democratização do sistema político, que agora permitia ao povo participar do processo eleitoral, lançou um grande segmento da população num papel ativo de seleção dos seus representantes. Como resultado desta condição, os candidatos a cargos eletivos, de Presidente da República para baixo, começaram a apelar para o povo diretamente e responder aos interesses deste.⁵ Em outras palavras: aparecia agora no processo político um contato constante entre os líderes políticos e o povo, este representado, na maior parte, pelas classes média e média-baixa urbanas.⁶

Já que a maior parte do eleitorado e a maioria das classes pobres urbanas eram de origem rural recente e ainda ligadas aos padrões políticos tradicionais do campo – no qual eles votavam mais como uma massa e não como uma classe articulando os seus interesses – sua falta de compromisso político tornava-os alvos fáceis de uma classe de políticos. Lopes sugeriu que “o povo é uma massa a ser manipulada pelos líderes, emergentes dos grupos dominantes, como um instrumento para a aquisição e preservação do poder”.⁷

Autores brasileiros denominam o processo político-eleitoral que representou este período de populismo ou política populista; isto é, um processo que ligava pessoas a determinados encadeamentos que enfatizavam a troca de votos por recursos do governo e às agências de destinação de recursos criados por fundos públicos. Esse processo, que funcionava sob a direção de políticos que se caracterizavam pela falta de compromissos com princípios gerais ou ideológicos, resultou na organização de um eleitorado dentro de uma rede de facções políticas amorfas com penetração em todas as correntes partidárias. Roett resumizou o processo e aqueles que dele participavam da seguinte maneira:

Caracterizado por uma ênfase sobre o eleitorado urbano, com pouca ou quase nenhuma tendência para institucionalizar articulações entre o eleitor e o governo, interessado não com interesses programáticos, mas pragmáticos, o político populista procurava votos somente para adquirir um cargo público. Uma vez bem sucedido, o populista usava a sua posição ‘para influenciar não no serviço ao eleitorado ou o “bem público”, mas no sentido estreito e paroquial de satisfazer a sua “clientela” ou seguidores políticos.

⁵ Estes interesses, entretanto, não devem ser interpretados como derivados automaticamente das condições objetivas do povo. De acordo com a afirmação de Juarez Lopes, “eles (os interesses) estavam sendo definidos como parte de um processo que evoluía da opinião pública, ocorrendo nas cidades e tendo como foco as campanhas para cargos executivos. Neste processo, que refletia a retórica do ‘nacionalismo’, não somente políticos como também intelectuais, estudantes, líderes sindicais e membros da burguesia industrial estavam também desempenhando um papel crescente”.

⁶ *Ibid.*, p. 63.

⁷ *Ibid.*

Um político populista representava clientes que eram capazes de “entregar” o voto popular necessário para a eleição. Para manter este arranjo, o político precisa ter acesso à partilha dos lucros: empregos, contratos, recompensas, etc...que somente a burocracia e o governo central podem oferecer. Em retribuição fica tacitamente entendido que ele não tentará introduzir mudanças estruturais reais ou atrapalhar o equilíbrio de poder entre a preeminência do governo central na formulação de políticas e os seus clientes a nível nacional. O sistema funciona enquanto cada participante compreender e aceitar “as regras do jogo”. Qualquer um que não o fizer ou é cooptado ao sistema, e o seu desafio torna-se fútil; ou é ostracizado ao ser derrotado, ignorado ou menosprezado.⁸

1. OS MUNICÍPIOS E A POLÍTICA POPULISTA

Quanto aos municípios, o impacto desta transformação política afetou o papel dos “coronéis” na estruturação efetiva do poder dentro do sistema político brasileiro. Apesar de os coronéis ainda poderem “entregar” os votos quando necessários, a sua influência dependia agora de quanto crescera a parcela urbana do eleitorado nacional. Em outras palavras: as conseqüências do populismo e a mudança na estrutura de poder nacional contribuíram para enfraquecer, de forma considerável, as tradicionais relações de poder dos municípios. Os grupos politicamente representados nos níveis estaduais e nacional haviam se tornando muito diferenciados para que uma estrutura de poder monolítica e centralizada como o coronelismo pudesse se manter indisputável⁹. A relativa descentralização do sistema político causada pela introdução da Constituição de 1946, juntamente com as mudanças nas leis eleitorais, levou o sistema coronelista a uma série de adaptações. Cada adaptação entretanto, revela crescentes tensões sobre o sistema, que, apesar de enfraquecido, tem sobrevivido de formas modificadas¹⁰. Por exemplo, algumas posições importantes nos postos locais podiam agora ser preenchidas contra a recomendação do coronel; e a maioria dos juízes estaduais, bem como promotores municipais e advogados, não eram mais tão dependentes dos desejos e comandos do coronel como dantes. Além disso, a existência de uma oposição local, a quem os camponeses podiam pedir ajuda, conselhos e favores políticos que não ao coronel, parece indicar que, pelo menos, alguns membros dessa longamente manipulada população rural haviam finalmente compreendido que não dependiam exclusivamente do coronel¹¹.

Outro fator relevante na modificação do coronelismo tradicional foi a introdução de leis trabalhistas no país inteiro, que produziram um impacto significativo sobre o sistema ao estabelecerem níveis de salário mínimo e ao

⁸ ROETT, Riordan. (ed). *Brazil in the Sixties*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1972, p. 45.

⁹ LOPES, J. op. cit., p.70.

¹⁰ Ibid

¹¹ Ibid

facilitarem a organização de sindicatos trabalhistas¹². Celso Furtado delineou claramente as principais características destes processos no Nordeste¹³. Antes da promulgação das leis trabalhistas a maioria dos trabalhadores rurais era ligada a um sistema através do qual o coronel, o maior dono de terras do município, distribuía a cada camponês um pequeno pedaço de terra para o plantio de colheita de subsistência. Em pagamento pelo uso da terra o coronel exigia que cada trabalhador cultivasse as suas terras durante vários dias da semana. Como era de esperar, este sistema tornou-se muito insatisfatório para os trabalhadores. Assim, com o passar do tempo, a maioria dos camponeses resolveu trabalhar exigindo salário em vez do arranjo tradicional da colheita de subsistência. Quando a inflação alcançou os municípios rurais, a demanda por aumento de salário tornou-se constante por parte dos trabalhadores, o que enfraqueceu mais ainda a posição dos coronéis.

Para os coronéis, o sistema de salário para os trabalhadores rurais significou também uma mudança básica na distribuição de espaço nas suas terras; em vez de habitações espalhadas e isoladas, os camponeses preferiam, agora, congregarem-se em povoações ao longo das estradas¹⁴. Isto, segundo Celso Furtado, tornou mais fácil a comunicação e a divulgação de idéias políticas, bem como o eventual surgimento de uma liderança entre os próprios trabalhadores rurais que, logo em seguida, começaram a organizar seus sindicatos rurais, cujas crescentes demandas contribuíram decisivamente para o enfraquecimento do coronelismo tradicional.

Mas, apesar destes fatores de enfraquecimento, o coronelismo ainda perdurava. Mesmo visivelmente atingido nas suas estruturas econômicas e enfraquecido pelas mudanças estruturais na sua hegemonia política tradicional, o coronelismo veio a adquirir novo ímpeto com o re-estabelecimento do processo eleitoral e mais uma vez fez imprimir a sua forte presença no cenário político. O retorno das eleições como o meio de conseguir cargos públicos significava que os candidatos eleitos controlariam as nomeações e os recursos às várias agências do governo – industriais, comerciais, trabalhistas, etc. Já que a Constituição havia re-estabelecido os municípios como as unidades eleitorais de cada estado, a luta política, como ocorrera durante a República Velha, era mais uma vez focalizada sobre os coronéis tradicionais. Apesar do número de eleitores ter aumentado e novas forças, como indicamos acima, terem entrado na luta pelo controle dos votos, era ainda o coronel quem dominava a configuração de poder no âmbito municipal.

Os principais agentes que articulavam os interesses dos municípios com os governos estaduais e federal bem como as fontes de clientela, eram os deputados estaduais e federais. Os candidatos a estes cargos trabalhavam em estreita colaboração uns com os outros e com a liderança de uma facção em cada

¹² Ibid. p. 71

¹³ FURTADO, Celso. O Processo Revolucionário no Nordeste. Celso Furtado (org). *Dialética do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 137-173

¹⁴ LOPES, J. op. cit. p. 73.

município, preferencialmente a facção com controle da Prefeitura e da Câmara de Vereadores¹⁵. Assim, qualquer chefe local que pudesse controlar o eleitorado do seu município e “entregar” o voto ao seu candidato para deputado estadual ou federal (bem como para quaisquer outros candidatos da sua escolha para governador, senador ou presidente) poderia, em retribuição, obter considerável vantagem pessoal através do controle dos cargos municipais que fossem do estado e da burocracia federal. Diferentemente do que ocorreria durante a República Velha, entretanto, alguns desses recursos tinham que ser distribuídos como recompensa aos patrocinadores locais; outros, ainda, tinham que ser distribuídos com os fins de obter apoio, no futuro, de ex adversários e novos eleitores em potencial¹⁶. O restante ia para os cabos-eleitorais que negociavam a troca de votos e arrematavam eleitores dentro dos municípios.

Esta combinação político-eleitora de obrigações recíprocas também criava condições que eram favoráveis para o coronelismo. Apesar das fortes correntes de mudanças sociais, econômicas e políticas que caracterizaram o período pós-Vargas, as normas culturais estabelecidas, que determinavam os papéis tradicionais do patrão e do camponês, ainda persistiam com considerável tenacidade. Não exatamente como na República Velha, mas por nenhuma outra razão senão pela necessidade de acomodar uma gama diversa de interesses locais, os coronéis, apesar de tudo, emergiram como importantes cabos-eleitorais e, desta forma, eram capazes de manter o seu papel dominante na configuração do poder local.

A transformação do papel dos municípios no Brasil perfazia agora um ciclo completo. Como Greenfield habilmente afirmou,

Enquanto durante o período colonial o controle da máquina política dos semi-autônomos municípios tinha capacitado aqueles que os dominava de legitimar as suas atividades associadas com a aquisição de riqueza no setor privado, agora os governos nacional e estaduais eram as principais fontes de riqueza, e o controle político significava controle sobre o setor público, (que mantinha os recursos). Em vez do governo fornecer legitimidade e proteção para a irreprimida empresa particular, a iniciativa individual na busca de riqueza era melhor recompensada pela aquisição de cargos públicos. Já que isto exigia votos, as atividades e habilidades empresariais foram canalizadas para a arena político-eleitoral.¹⁷

Este era o status dos municípios durante o período pós-Vargas. É inevitável indagar se estas condições refletiam as aspirações vislumbradas pelos autores da República de 1946. Parece que os sonhos dos municipalistas havia fracassado

¹⁵ GREENFIELD, Sidney. M. *The Município, the Community and the Study of Contemporary Brazilian Society*. Trabalho apresentado no encontro anual da American Anthropological Association, Seattle, Washington, Novembro 21-24, 1968, p. 9.

¹⁶ Greenfield afirma: “O aumento no grosso do eleitorado entre 1945 e o começo dos anos 60 foi impressionante. O que é mais impressionante é o fato de que no começo de 1960 quase todos os eleitores qualificados no Brasil tinham sido registrados e levados para as urnas”. *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.* p. 18.

mais uma vez. Pode-se, talvez, defender as discrepâncias entre as aspirações e a realidade sugerindo que, provavelmente, nenhuma constituição, muito menos as que foram adotadas na América latina, funciona como foi escrita ou idealizada.

O Período pós-Vargas (1945-1964) representou, de muitas maneiras, um retorno, ainda que parcial, ao padrão de estruturação de poder que havia perdurado antes da experiência política de Vargas. De fato, não se pode deixar de fazer algumas comparações entre a estruturação de poder durante a República Velha (1889-1930) e o período pós-Vargas. Ambos os períodos foram caracterizados pela tentativa de descentralizar o sistema político e legitimar o processo eleitoral como meio de se obter cargos públicos. Enquanto a República Velha, através da sua constituição democraticamente orientada, representava a abertura do sistema político, no qual o processo eleitoral constituía-se numa avenida viável para a aquisição de poder e autoridade, o período pós-Vargas pode ser visto como o apogeu da “democratização”, no qual o populismo, ou política populista, atingiu o seu ponto mais alto.

Outro aspecto comparável entre estes dois períodos é o fato de a maioria dos principais grupos detentores do poder durante a República Velha o serem também durante a República de 1946. Mais uma vez se observava a perene presença dos militares, dos latifundiários ou coronéis, e dos executivos estaduais como os principais detentores de poder do sistema político. Naturalmente que nem todos estes grupos políticos mantiveram as mesmas posições no sistema político agora em vigor. O controle dos principais recursos, a habilidade de sobreviver aos ataques dos emergentes contestadores do poder que disputavam o controle do aparato governamental, e a destreza em se mobilizar rapidamente em tempos de crise, havia variado consideravelmente entre os detentores de poder dos dois períodos. Mas, em geral, o padrão normal de estruturação do poder, entre os dois períodos, permaneceu basicamente o mesmo.

Por outro lado, apesar das aparentes semelhanças, um estudioso destes dois períodos observou que o período pós-Vargas oferecia amplas oportunidades para políticos habilidosos modificarem ou alterarem muitos dos traços característicos das estruturas tradicionais de apoio político:

Com referência somente a exemplos mais dramáticos – Carlos Lacerda e Leonel Brizola no uso do rádio e da televisão; a conversão feita por Miguel Arraes do aparato político e administrativo do Estado de Pernambuco; a tentativa mal-sucedida de João Goulart de criar uma estrutura de apoio entre os militares de baixa patente; e as tentativas de Celso Furtado de desenvolver um aparato político e administrativo na SUDENE – todos constituíam tentativas inovadoras de explorar técnicas existentes ou emergentes, canais de comunicação, e instituições para fins políticos¹⁸

¹⁸ CHARLES, Douglas A. Political Groups and Authority in Brazil: Some Continuities in a Decade of Confusion and Change. In: Riordan Roett (ed). *Brazil in the Sixties*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1972, p. 62-63.

2. REFERÊNCIAS

CHARLES, Douglas A. Political Groups and Authority in Brazil: Some Continuities in a Decade of Confusion and Change. In: Riordan Roett (ed). *Brazil in the Sixties*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1972.

FURTADO, Celso. O Processo Revolucionário no Nordeste. Celso Furtado (org). *Dialética do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

GREENFIELD, Sidney. M. *The Município, the Community and the Study of Contemporary Brazilian Society*. Trabalho apresentado no encontro anual da American Anthropological Association, Seattle, Washington, Novembro 21-24, 1968.

HERRING, Hebert. *A History of Latin America*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1961.

LOPES, Juarez R. B. Some Basic Developments in Brazilian Politics and Society. In: Eric N. Baklanoff (org.), *New Perspectives of Brazil*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1966, p. 67.

ROETT, Riordan. (ed). *Brazil in the Sixties*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1972.

ROSENBAUM, H. Jon. TYLER, William G. (orgs). *Contemporary Brazil: Issues in Economic and Political Development*. New York: Praeger publishers, 1972, p. 4.



DIREITOS HUMANOS, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA NA NAÇÃO E NO MUNDO

*Alexandre Coutinho Pagliarini**

RESUMO

Neste artigo analisamos as relações possíveis entre Democracia e Constituição, e entre Democracia e Direitos Humanos, no contexto do Estado Nacional e no da Comunidade Internacional. Estudos de Direito Constitucional, de Direito Internacional e de Direito Comunitário foram necessários. Os aspectos históricos e ontológicos da Democracia, da Constituição e dos Direitos Humanos foram considerados para que chegássemos à conclusão de que não há Constituição sem Democracia, nem há Direitos Humanos sem Democracia.

Palavras-chave

Democracia. Direitos Humanos. Direito Comunitário

ABSTRACT

In this article we analyzed the possible relations between Democracy and Constitution, and between Democracy and Human Rights, so in the context of National State, as in the context of International Community. Studies of Constitutional Law, International Law and Community Law were necessary. The historical and ontological aspects of Democracy, Constitution and Human Rights were considered in order to achieve the conclusion that there is no Constitution without Democracy, neither Human Rights without Democracy.

Key-words

Democracy. Human Rights. Community Law

As ruas são do povo; as cidades têm ruas; os países têm cidades; tudo e todos estão no mundo; e o mundo não tem paredes! São estas as premissas de um universalismo jurídico que se quer ver aplicado também ao princípio democrático e a uma prática de participação popular direta em todos os campos da pólis e da cosmópolis. Fica anunciada a intenção deste texto, que analisa as

* Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa, sob a orientação de Jorge Miranda. Professor, Coordenador de Pós-Graduação *Lato Sensu* e Vice-Coordenador do Mestrado em Direito da UniBrasil. Professor do CEU (Centro de Extensão Universitária/SP), da ABDConst (Academia Brasileira de Direito Constitucional) e da Facinter. Colaborador do IBEC (Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais). Advogado.

intercorrências entre Democracia e Direitos Humanos sob uma perspectiva que crê na fusão das noções de nação e mundo, na tentativa de cumprir o papel de questionar o estágio infame atual da Democracia e dos Direitos Humanos, tanto no quadrante do Estado soberano quanto no cenário internacional.

1. DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS E ESTADO CONSTITUCIONAL

E nasceu a Constituição moderna. Veio ela ao mundo para cumprir dois papéis históricos: (i) o de limitar o exercício do Poder, estruturando a comunidade política chamada Estado; (ii) o de proclamar e garantir direitos básicos do indivíduo.

Os governos de regime absolutista eram marcados justamente por aquelas características que foram atacadas pelo “espírito de constituição” ou “sentimento constitucional como modo de integração política”. Então, quais foram as características fundamentais do Absolutismo? Elas eram duas: (a) Poder ilimitado do rei; (b) falta de previsão legal de direitos básicos que salvaguardassem os indivíduos.

Multiplicaram-se Constituições, primeiramente nos países de tradição ocidental, a partir de um modelo de Carta que, todas as vezes, cumpria as funções de – enfatize-se: estruturar a comunidade política, limitando o exercício do Poder; proclamar e garantir Direitos Fundamentais.

O “espírito de Constituição” tem em si abrigado, como elemento fundamental – intrínseco –, a Democracia, isto por que: (i) o Poder não deveria ser exercido por uma só pessoa; (ii) a regra da hereditariedade, que garantia o Poder ao primeiro filho do rei, não se coadunava com a complexidade da debutante sociedade industrial, nem com o racionalismo centrado no “je pense, donc je suis” – penso, logo existo –, de René Descartes.

Relacionam-se diretamente Constituição e Democracia. Deste modo, a se considerar que as Constituições dos Estados Unidos, da França e todas as outras têm trazido consigo um rol de Direitos Fundamentais, também se estabelecem, inexoravelmente, correlações e interdependências entre Democracia e Direitos Fundamentais (ou Humanos).

Assim como se pode afirmar que não há Constituição sem Direitos Fundamentais, então também é verdadeira a assertiva de que não há Constituição sem Democracia.

Os conceitos e as práticas de Constituição, Democracia e Direitos Fundamentais imbricam-se pelas seguintes razões:

(a) se é verdade que a Constituição nasceu para garantir maior liberdade (mobilidade) política – quebrando, com isso, a regra da hereditariedade do “Ancien Régime” –, então não é falsa a afirmativa de que o “espírito de Constituição” é necessariamente um “espírito democrático”;

(b) a Democracia, ela própria e por si só, além de participar intrinsecamente do próprio conceito de Constituição, também pode ser incluída no rol de Direitos Fundamentais de primeira geração, aqueles Individuais. Explica-se isto: as Constituições proclamam e garantem Direitos Fundamentais, desde a primeira geração histórica destes, fase em que os direitos tiveram uma feição extremamente liberal e individualista – liberdade de expressão, liberdade de locomoção, liberdade de religião, liberdade econômica e liberdade política, sendo esta última um sinônimo para Democracia;

(c) a participação popular na construção de uma comunidade política, não só através do voto, mas, sobretudo, pela capacidade diuturna de exercício da cidadania, faz com que as atividades democráticas diretas se tornem verdadeiros Direitos Fundamentais de quarta geração. A Constituição dos tempos atuais deve contemplar o maior número de instrumentos político-jurídicos para o crescente exercício da Democracia direta.

A prática constitucional exercida desde fins do século XVIII até os dias atuais tem apresentado conflitos e aporias que, ao final e ao cabo, desconstituem o “espírito constitucional” e, por isto, fazem com que o próprio conceito de Constituição seja vilipendiado. As aporias transformam as Constituições Totais em meras Constituições Parciais – ou “não-Constituições”.

Constituição Total é a Carta que, ao observar o seu papel histórico de eleger o povo como centro principal do poder – liberdade política –, cumpre as funções de:

(1) estruturar a comunidade política;

(2) proclamar e garantir Direitos Fundamentais – com a Democracia incluída no rol destes, tanto na primeira geração quanto numa quarta.

Haverá Constituição Parcial – ou “não-Constituição” – em duas situações:

(1^a) quando a Carta só cuidar expressamente da estruturação da comunidade política, sem ter em seu corpus formal uma Declaração de Direitos;

(2^a) quando a práxis Constitucional num país de aparente Carta Completa (ou Constituição Total) permitir governos não-democráticos, ou quando os direitos e garantias previstos formalmente não sejam fruídos pelo povo, nem garantidos pelas autoridades constituídas – hipótese em que se dá a transformação da Constituição num inútil “pedaço de papel”.

Os neologismos Constituição Total e Constituição Parcial aqui servem para dar conta do conteúdo formal da Carta e da própria prática constitucional fiel à história e às funções essenciais da Carta. É certo, porém, que: (i) não há “Constituição viva” em regime político que não seja o democrático; (ii) não há Constituição sem que num documento político-jurídico seja estruturada a comunidade política e proclamados os Direitos Fundamentais, com os respectivos instrumentos de garantia.

A fruição dos Direitos Humanos proclamados formalmente numa Constituição – ou num Tratado Internacional – não ocorre – factualmente – em espaços políticos que não sejam democráticos. E de nada serve uma Constituição que não seja sentida, vivida e praticada pela população e pelas autoridades constituídas. Logo, o pleno gozo dos Direitos Humanos depende, no dia-a-dia, da capacidade de participação política – cidadania – da população. Constituição e Democracia, neste sentido, aproximam-se e se fundem em conceitos complementares um ao outro.

Para exemplificar a inafastável correlação entre Democracia e Direitos Humanos, consideremos o modelo constitucional brasileiro que vigeu durante os anos de Ditadura Militar, iniciados em 1964. Sob a égide da Constituição de 1967-69 havia um rol de Direitos Fundamentais formalmente proclamados. Contudo, o povo acabava por não exercer tais direitos já por conta de não poder escolher os seus comandados – representantes – pela via da eleição direta; só isso bastaria para se concluir que a Democracia, ao mesmo tempo em que a sua previsão constitucional é material que essencialmente deva constar numa Carta, constitui-se também num Direito Fundamental de primeira e de quarta gerações. Até para aqueles eventuais – maus – “pensadores políticos” que não consideram a garantia da Democracia como assunto materialmente constitucional, a prática política antidemocrática demonstrou que, em regimes de exceção, não são exercidos nem outros Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos, como a liberdade de opinião, a liberdade de religião, e a mais básica liberdade: de ir-e-vir. No Brasil dos “anos de chumbo” da Caserna, vivenciaram tal realidade “na carne” personalidades como Lamarca, Prestes, Zuzu Angel, Rubens Paiva, Brizola e Herzog, dentre milhares de outros.

Se a Constituição nasceu para a garantia de um espaço de participação democrática – liberdade política – que superaria a Monarquia Absoluta, então uma Constituição deve ser necessariamente democrática. E se é verdadeiro que a Constituição tem servido para a previsão de instrumentos de garantia de Direitos Humanos, então é também verdadeiro que não há Constituição sem Direitos Fundamentais.

Há momentos em que Estados se vêem regradados por “Constituições”; apesar disto, tais Estados ficam afastados do “espírito de Constituição Total – ou Plena, ou Real” pela falta da Democracia, ou pela indiferença em relação aos Direitos Humanos. Exemplos assim se encontram na Alemanha, de Hitler; na Itália, de Mussolini; na União Soviética, de Stalin; no Chile, de Pinochet; no Brasil, de 1964 a 1985; nas “Cubas”, tanto naquela de Batista quanto na de Fidel; e nos Estados Unidos, de George W. Bush e do “Campo de Concentração” de Guantánamo. Nestes Estados soberanos, durante os períodos políticos frisados, desvinculou-se o constitucionalismo formal do constitucionalismo real – aquele de José Roberto Dromi – e a Constituição tornou-se, conseqüentemente, um mero – e inútil – pedaço de papel.

Portanto, a primeira conclusão deste Manifesto, aplicável ao contexto do

Estado nacional, é a seguinte: Democracia e Direitos Humanos se fundem, tanto conceitualmente quanto na prática, pois não existe aquela sem estes, nem estes sem aquela, não havendo, conseqüentemente, verdadeira Constituição em espaços políticos de não-Democracia ou de não-Direitos Humanos. Levar Constituição a sério, é assim; ou, ao contrário, não se estará levando Constituição a sério.

2. DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNACIONAL E NO CONTEXTO “APRÈS L’ÉTAT-NATION” – PÓS-NACIONAL

Na primeira parte do presente texto pretendeu-se correlacionar os conceitos e as práticas de Constituição, Democracia e Direitos Humanos nos quadrantes do Estado nacional – moderno – advindo da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos da América.

A Democracia tem estado restrita à possibilidade de seu exercício dentro do Estado soberano. Dá-se isto porque cidadão é o nacional de um país. Amarram-se, portanto, Democracia e cidadania, sendo esta última precedida pelo vínculo da nacionalidade.

As concepções tradicionais classificam **nacionalidade** como o vínculo que liga alguém a um Estado, e **cidadania** como um status do nacional. Fecha-se, assim, o círculo de participantes na feitura da vontade da Comunidade Política. Tal concepção não pode ser aceita, nem para a construção da pólis, muito menos para a da cosmópolis.

2.1. Na construção da pólis nacional, ao se afastar o estrangeiro residente num dado Estado soberano da feitura da vontade política neste mesmo Estado, comete-se segregação injusta: estrangeiros residentes, tanto quanto os nacionais, pagam impostos e se submetem ao sistema jurídico local, bem como aos buracos nas ruas e aos criminosos; portanto, deveriam poder votar e ser votados, bem como ocupar o pólo ativo numa Ação Popular.

Ao se considerar a cidadania como um status do nacional – e só dele –, aceita-se que cidadão no (e do) país X só possa ser o nacional deste país X. Em esquema assim, no mínimo três problemas são criados:

(i) continua-se a crer que a dação de um vínculo e de uma identidade – nacionalidade – é atribuição exclusiva do Estado;

(ii) os casos de apatridia – falta de nacionalidade – continuarão a promover a exclusão e a perseguição de populações inteiras – vejam-se os exemplos históricos dos curdos, ciganos, hebreus (antes de 1948) e palestinos (até hoje);

(iii) não se promove uma quebra de paradigma político-jurídico-organizacional deixando-se de fora as Nações Unidas das questões acerca da nacionalidade. Este terceiro problema, com a quebra da rigidez relacional-implicativa residente no trinômio Estado-nacionalidade-cidadania, poderia muito bem ser resolvido pela interferência da ONU, que, em casos de apátrida,

concederia à vítima deste mal uma alternativa que não fosse aquela da nacionalidade, mas a dação, pela própria ONU, de uma capacidade jurídica internacionalmente reconhecida de poder exercer no Estado em que fixasse residência, em toda a sua plenitude, todos os direitos políticos inerentes ao regime democrático.

2.2. Na construção da *cosmópolis* – Comunidade Internacional – pelo **Direito Internacional Público (DIP)**, a Democracia não tem lugar bem definido. Isto se deve ao fato de ser a Sociedade Internacional um “ente esparso e descentralizado”, desprovido de uma identidade política calcada na nacionalidade de um povo e na soberania de um Estado independente.

No DIP, participam da construção do acervo normativo os Estados soberanos – em relação bi e/ou multilateral – e as Organizações Internacionais; é pela manifestação de consentimentos que se criam normas advindas de Tratados, Costumes, Princípios e Decisões (art. 38, ECIIJ). Da formação destas partículas normativas elencadas no Estatuto da Corte da Haia não participa diretamente um povo transnacional, posto que a noção de povo tem se ligado à realidade jurídica da dação da nacionalidade pelo Estado. Há duas soluções para tal déficit democrático:

(1ª) solução centralizante: mudar a Carta da ONU para estabelecer que as suas normas de DIP têm força superior às dos Estados nacionais membros das Nações Unidas. Assim, estabelecida definitivamente a superioridade hierárquica do DIP em relação aos ordenamentos parciais dos Estados, tornar-se-ia possível o estabelecimento da seguinte regra: antes de alguém ser cidadão de um país pelo vínculo divisor da nacionalidade, este mesmo alguém seria um potencial cidadão do mundo, com garantias jurídicas para que isso fosse respeitado. Nesta perspectiva transnacional de correção de déficit democrático, é evidente que a ONU – como centro mundial de produção de normas gerais e abstratas – necessitaria de um órgão deliberativo equiparado aos parlamentos nacionais, cujos membros seriam escolhidos pelos eleitores dos Estados-membros da ONU, e também por aqueles apátridas reconhecidos como cidadãos pela própria ONU. Para que tal situação encontrasse apoio na lógica da matemática e da própria democracia representativa internacional, as decisões teriam que ser tomadas por maioria, e sem poder de veto reservado aos representantes dos Estados mais poderosos.

(2ª) solução não-centralizante: aos que entendem utópica a solução anterior, há uma outra. O déficit democrático do DIP seria resolvido por uma simbiose mais fortalecida entre DIP e Direito Constitucional nacional, em que os parlamentos nacionais promoveriam obrigatoriamente a participação indireta das populações dos Estados-membros. Nesta hipótese, os apátridas continuariam sem representação. Apesar deste defeito, as Casas Legislativas nacionais serviriam também para a legitimação democrática num contexto assemelhado ao que ocorre numa federação. Mesmo nesta solução alternativa, a reformulação da ONU seria inevitável, com a necessidade de inserção de todos os Estados-membros nos

órgãos decisórios, devidamente representados pelos chefes de Estado ou governo, mas sempre respaldados em seus parlamentos na oportunidade da aprovação de Tratados e na criação do Direito Internacional Geral.

Identifica-se a primeira solução (a centralizante) com a doutrina monista radical; a segunda (não-centralizante), com o monismo moderado – aquele que dá prevalência à realidade-parcial-estatal construtora da realidade-total-internacional. Por esta razão, a primeira solução é a mais indicada. Num caso ou noutro, o embrião de uma Sociedade Internacional mais coesa e democrática transparece nos Direitos Humanos e na consideração destes como os verdadeiros e primeiros jus cogens, nos quais se denota a superioridade da Comunidade Internacional e do DIP.

Para que se estabeleça uma Democracia Internacional ou Transnacional, os dogmas que influenciaram o Estado moderno devem ser superados. Os conceitos de povo e de cidadania devem ser desvinculados do de nacionalidade. Caso contrário, não se encontrará fórmula capaz de promover inserções que superem as barreiras do Estado nacional e do próprio DIP em sua feição – até agora – pouco democrática.

2.3. Na construção da *cosmópolis* pelo Direito Constitucional Supranacional – caso específico da União Européia e do **Direito Comunitário europeu** –, o déficit democrático tem sido melhor superado que no DIP clássico. Os dogmas que influenciaram o Estado moderno foram, de certo modo, superados. Os conceitos de povo e de cidadania foram parcialmente desvinculados do de nacionalidade. Há instituições comunitárias – supranacionais – que decidem por maioria, bem como uma espécie de governo tripartido que se evidencia na existência de órgãos comunitários, como o Tribunal de Justiça Europeu, a Comissão Européia, o Parlamento Europeu e o Banco Central Europeu. Por isso, não causam estranheza as idéias de poder constituinte supranacional e de Constituição Européia. Reformulam-se conceitos e minimizam-se os impactos do Estado nacional e da nacionalidade sobre o exercício da cidadania, tudo em concordância com os tempos atuais que não desprezam a realidade de Direito Internacional e Direito Nacional imbricarem-se mutuamente, dando-se preferência ao primeiro sem que isso represente o corte do nexos comunicacional entre Estado e Comunidade Internacional, e sem que isso represente o esquecimento das ricas experiências aferidas a partir da constitucionalização nacional.

Pois bem, haverá, linhas adiante, espaço específico para a discussão acerca da problemática anunciada, no qual dissertaremos sobre povo nacional e sobre povo europeu. Todavia, nada impede que façamos digressões prévias, dando conta de que é possível a um francês, por exemplo, participar das eleições para o Parlamento Europeu (PE) votando em Portugal, numa hipótese em que estivesse residindo lá, num candidato à quota lusitana ao PE, podendo o mesmo francês, nesta hipótese, até candidatar-se ele próprio – neste exemplo, o mesmo francês pode até se candidatar ao cargo de prefeito de Lisboa. Com este singelo exemplo, podemos concluir que a Europa superou a exclusividade da participação política

no território do Estado nacional, ao nacional deste. Assim, não é errado dizer que já se detecta na Europa uma espécie de cidadania europeia – supranacional, comunitária e/ou pós-nacional.

No constitucionalismo moderno, que defendemos estar superado no caso da construção europeia, tem-se o Estado-nação. Este tem sido construído por aquilo que o poder constituinte originário delineou no Texto Constitucional local. Esta Carta Magna moderna se refere e faz com que suas normas incidam sobre o sistema territorial de um-só povo, num-só território, povo este que será o detentor da titularidade de uma-só soberania, qualidade de um poder consentido e referente a uma-só realidade nacional. Isto tudo está certo porque diz respeito ao tempo e ao espaço do constitucionalismo moderno. Mas nada disso pode impedir que se faça possível o exercício de um poder constituinte europeu, poente de uma realidade sistemática que organizará, de modo unionista, várias comunidades políticas, e não só uma, vários territórios, e não só um, vários povos, e não só o nacional.

Não prestam atenção os críticos de um poder constituinte europeu ao seguinte fato: sempre aceitaram como poder constituinte originário a latência sociopolítica poente de uma Constituição e de um Estado, **mesmo que tal poder constituinte originário seja o responsável pela positivação, via outorga autoritária, de uma Constituição e, conseqüentemente, de um Estado**, caso em que não se verifica a Democracia como pano de fundo. Acabam por aceitar, os constitucionalistas tradicionais, até o exercício secundário do poder reformador, modificando, em vários casos, aquilo que foi posto como imodificável pelo próprio poder constituinte originário do Estado nacional.

Tudo bem, está certo, realmente o poder constituinte originário, no âmbito do Estado nacional, pode ser exercido por um grupo revolucionário que venha a representar os “fatores reais de poder”, de Ferdinand Lassalle. Mas o que se espera desse grupo revolucionário é que convoque, pelo menos, alguma espécie de assembléia nacional que elaborará uma Carta. Porém isto não ocorre com frequência, sendo exemplo disto a própria Constituição Brasileira de 1824, que teve trabalhos prévios elaborados por um grupo constituinte, que na realidade para nada serviram, uma vez que o imperador D. Pedro outorgou a Carta. O paradoxal neste relato é o seguinte: não é verdade que a Constituição moderna nasceu para racionalizar o exercício do poder e estruturar o Estado? Não é verdade que a Carta da modernidade nasceu para, além disso, garantir o acesso de outros, que não o filho do rei, ao Poder, instituindo, por isso, o Estado Democrático de Direito? Não é verdade que o constitucionalismo moderno tem como pano de fundo o princípio democrático? E, **mesmo assim, não é verdadeira a assertiva de que a Constituição tem servido a regimes autoritários de esquerda e de direita?**

Com os questionamentos constantes no final do parágrafo anterior, percebemos que a Constituição, um instrumento inicial de liberdade e de Democracia, tem servido, algumas vezes, para que os déspotas possam justificar

a “legalidade” de seus governos. Tornou-se, por isso, a Carta Política, uma fórmula desvinculada de sua natureza inicial, que é a da participação popular. Isto provocou nas “psiques coletivas” dos eleitorados uma verdadeira aversão à política formal e um sentimento de impotência, porquanto as autoridades fazem o que querem porque tudo e qualquer coisa são postos sob o abrigo de uma “Constituição”. “Mas está tudo bem, pois existe Constituição”, diriam também os interessados diretos na manutenção da doutrina clássica sobre o poder constituinte e sobre a própria Constituição.

Dizemos nós: nada está bem se não há Democracia! Nada está bem se não há um espírito humanitário! Nada está bem se não há Direitos Fundamentais garantidos! Isto já foi dito, mas nada impede que seja repetido: a Constituição moderna nasceu para cumprir dois papéis: o de racionalizar o exercício do Poder e, concomitantemente, estruturar o Estado (como comunidade política) moderno; e o de proclamar e garantir os Direitos Fundamentais. No constitucionalismo moderno, em decorrência do papel a ser cumprido pela Constituição, passou-se a poder identificar o que os doutrinadores chamam de Constituição material. Qual é, então, o material substancialmente constitucional? São aqueles dois.

Os governos de 25 Estados europeus, ao longo de quase 60 anos, vêm comunitarizando o espaço do Velho Continente: isto é verdadeiro. Os povos dos Estados europeus, nesse período, vêm aderindo a tais mudanças e se submetendo às regras europeias: isto é fato. Com estas duas verdades, é certo dizer que temos notado na Europa, durante todo este espaço de tempo, a estruturação pacífica de uma comunidade política hoje chamada UE, cujos poderes são racionalizados numa existente – confusa, mas ainda existente – estrutura orgânica: Parlamento Europeu, Tribunal de Justiça Europeu, etc. Do mesmo modo, os governos europeus, em momentos e âmbitos de abrangência distintos, positivaram documentos proclamadores de Direitos Fundamentais, havendo dois espaços jurisdicionais para julgamento de condutas ofensivas aos Direitos Humanos; um específico em Estrasburgo, e outro também responsável pelo julgamento de casos assim, sendo este a Corte de Luxemburgo.

Eureka! Está identificado um substrato constitucional, não referente a um Estado nacional, mas partido de uma realidade comunitária e supranacional. É correto então afirmar que já há *material constitucional* que vem sendo produzido na Europa desde o final da Segunda Grande Guerra. Havendo *material constitucional europeu*, detectamos, conseqüentemente, o vigor de uma espécie de Direito Constitucional Consuetudinário Europeu. Por isso, afirmamos que a Europa já tem uma Carta costumeira, a exemplo da inglesa. Logo, perguntamos: *o que poderia impedir a formalização de uma Constituição Européia?* A mesma pergunta serve para o Reino Unido, mas o que importa é a questão continental europeia.

Até as críticas mais ácidas contra uma Constituição para a Europa se submetem à verdade de que o Direito Comunitário Europeu se sobrepõe

aos Direitos nacionais dos Estados-membros. Eles também concordam que a comunitarização da Europa é, de certo modo, um fragmento de Direito Constitucional Europeu. Não aceitam, todavia, a positivação de uma Carta para a Europa por estarem apegados à leitura constitucional da modernidade – ou seja, dos tempos passados. Mas não contestam a existência deste fragmento constitucional comunitário. Logo, se quiser, até poderá a doutrina constitucionalista pós-moderna – a nossa – achar brecha na fala dos constitucionalistas clássicos para nela identificar uma passagem rumo ao poder constituinte europeu e à Constituição Européia: esta brecha seria o entendimento unânime de que os povos da Europa têm se submetido, sem grandes conflitos existenciais, a um Direito Comunitário, além de não terem tais povos ateadado fogo nos prédios europeus com sede em Bruxelas, Estrasburgo ou Luxemburgo. Com isso, questionamos: o que pode impedir o exercício de um poder constituinte europeu se o próprio cotidiano da vida dos povos daquele continente representa um dia-a-dia da vida comunitária? Traduzamos a construção da União Européia como tendo se dado, não numa Democracia Supranacional Formal – **e isto é um defeito** –, mas numa Democracia implícita na prática das ruas e do cotidiano dos indivíduos e das famílias, numa espécie de Democracia Material.

Se existe um material constitucional europeu, é porque existe uma latência sociopolítica que, no mínimo, aceita tal material constitucional europeu que vem sendo levado adiante pelos governos e aceito pelas populações: ou será que os europeus são todos descompensados mentalmente? De fato, a maioria dos cidadãos dos países-membros da UE não é desprovida de faculdades mentais e de quocientes de inteligência mínimos. Fora as vezes em que se necessitou de referendos explícitos e formais aos Tratados Internacionais constitutivos da realidade européia, tem havido uma constante, serena e implícita adesão dos cidadãos à comunitarização formal, isto porque lhes é comum um substrato materialmente constitucional. Seguindo raciocínio assim, chegaremos à seguinte conclusão: *o poder constituinte europeu é formado pela soma dos tratados internacionais ratificados pelos governos e pela vontade comunitária, que pode ser considerada como característica dos povos dos Estados-membros da União Européia*. A partir deste ponto, podemos até nos dar ao luxo de não mais usar a expressão “os povos dos Estados-membros da União Européia”; podemos dizer, sem medo, *o povo europeu*. Por isso, qual é o problema de identificar um novo poder constituinte continental para o caso do povo europeu? Nenhum; esta é a resposta.

Com os dizeres supra, estamos fazendo trabalho axiológico que cria a possibilidade de identificar um povo europeu desvinculado dos conceitos prévios de nacionalidade e de Estado nacional; uma cidadania européia e um poder constituinte europeu, razão por que, se tais institutos podem ser identificados cientificamente pelo trabalho descritivo do investigador, *então também é identificável a possibilidade de se positivar uma Constituição Européia*.

Outra análise que pode ser feita a respeito de um poder constituinte europeu é esta: um poder constituinte é uma latência sociopolítica que insere no ordenamento jurídico uma Constituição. Assim, poder constituinte implica Constituição, e esta só pode ser fruto daquele, produzindo-se conseqüentemente, na Carta Magna, a estrutura estatal que o poder constituinte desejou dar à comunidade política. Por isso, o Estado moderno é produto da Constituição moderna, e esta é produto do exercício de uma latência sociopolítica chamada poder constituinte. No caso europeu, não é perceptível um poder constituinte nestes moldes, que são os modernos (ou clássicos). Mas ninguém pode negar: os Tratados Internacionais estruturaram uma comunidade política supranacional, e esta implicou a criação de um Direito Comunitário que, por sua vez, alcançou moldagem tão sólida, uniforme e regular que, sem formalismos ulteriores, criou-se um substrato constitucional na estruturação cada vez mais apertada e coesa de uma UE, como órgão supranacional e quase que totalmente independente de seus entes parciais. Isto se parece com a formação do Direito Constitucional britânico, que até hoje não inseriu naquele ordenamento uma Carta formalizada e solenemente aprovada no dia tal. Apesar de que, se quisesse, o Reino Unido poderia formalizar uma Constituição solene, nos moldes de um trâmite legislativo qualquer. Nesta esteira, pode haver uma aproximação da formação unionista européia com o desenvolvimento do Direito Consuetudinário britânico.

2.4. Se, por um lado, no Estado nacional os conceitos de Democracia e Direitos Humanos chegam a se confundir e a se amparar mutuamente na construção da realidade da pólis, há intercorrências também detectáveis entre Democracia e Direitos Humanos no DIP e no Direito Comunitário na construção da cosmópolis.

Graças à identificação do Estado nacional, em seus quadrantes foi possível um exercício mais eficaz da Democracia. Por outro lado, graças à descentralização da Comunidade Internacional, em sua fragmentação foi possível uma previsão mais eficaz de Direitos Humanos que fez renascer o próprio conceito de jus cogens e de efetividade – e inafastabilidade – do DIP. Nos dias atuais, são reclamadas com igual intensidade a concretização da Democracia e a dos Direitos Humanos no Estado e na Comunidade Internacional.

3. O ALARGAMENTO DA DEMOCRACIA PARA A SOCIEDADE CIVIL

De nada adiantaria restringir o alcance da Democracia e dos Direitos Humanos aos órgãos e instituições oficiais, e/ou aos Direitos do Estado e da Comunidade Internacional. Os maiores interessados têm que se inserir neste universo de forma efetiva: o povo da pólis e da cosmópolis não pode ficar de fora. As inserções populares – democráticas – não respeitam muros ou fronteiras. Isto significa: levar a Democracia – e, conseqüentemente, os Direitos Humanos – às suas últimas conseqüências nas relações interpessoais atinentes – por exemplo – ao seguinte:

a) Supremo Tribunal Federal (STF): não pode persistir o atual sistema de nomeação de ministros. O Judiciário brasileiro – assim como outros – é marcado pela falta de participação popular na escolha de seus membros. A sistemática constitucional vigente criou uma verdadeira anomalia corporativa: a de um dos Poderes da República – o Judiciário – só poder ser ocupado por inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, capacidade esta que só pode ser alcançada por bacharéis em direito. Isto ocorre na Jurisdição, enquanto nos outros Poderes a sistemática permite que os agentes políticos possam ser provenientes de qualquer classe ou formação profissional. Não creio que no Brasil haja cultura político-eleitoral suficiente para a eleição de magistrados de primeiro grau. Todavia, para o STF há uma abertura: considerando que ele se ocupa precipuamente da guarda da Constituição, e sendo a Carta um documento político-jurídico, então nada impediria eleições para o preenchimento de vagas de ministros do STF. Há quem dirá que já há alguma Democracia no atual sistema de escolha dos ministros, uma vez que dele participa o Senado da República, que sabatina o candidato e aprova a nomeação. Mas a prática tem demonstrado que a participação do Senado cumpre uma mera formalidade, e de nada incrementa a Democracia.

b) Parlamentarismo: estou convencido de que os governos parlamentares possuem uma abertura muito maior que propicia uma sensibilidade especial para a voz vinda das ruas, isto pelo fato de nos Parlamentarismos não haver mandato para o exercício da função administrativa; as eleições são gerais e forma o governo a facção vencedora do pleito geral – que é parlamentar.

c) Solidariedade: enquanto não se der conta de que a inclusão de todos – Democracia em seu sentido lato – deve ser o objetivo maior da Democracia e dos Direitos Humanos, a própria sociedade civil *da pólis* e *da cosmópolis* continuará a promover os mais infames abusos contra a dignidade humana e os direitos fundamentais. Isto inclui uma mudança radical de mentalidade para que os cidadãos do país e do mundo aceitem a igualdade e a liberdade que vêm sendo proclamadas nas Constituições e nos Tratados Internacionais. Isto inclui a luta pacífica pela paz mundial, e contra o unilateralismo da(s) grande(s) potência(s).

4. CONCLUSÃO

A *conclusão geral* do presente texto marca-se pela repetição dos versos que o inauguraram: *as ruas são do povo; as cidades têm ruas; os países têm cidades; tudo e todos estão no mundo; mas o mundo não tem paredes!*



DA AUTONOMIA DESPORTIVA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL

*Álvaro Melo Filho**

RESUMO

O artigo analisa as dimensões, sentido e alcance do postulado constitucional da autonomia desportiva que se constitui em pedra angular do Direito Desportivo

Palavras-chave

Autonomia. Desporto. Constituição

ABSTRACT

This article has the objective to analyze all the dimensions of the sport autonomy as a constitutional and basic principle to the field of Sport Law

Key-words

Autonomy. Sport. Constitution

Debruçando-se sobre os múltiplos aspectos da autonomia desportiva constata-se, ab initio, ser esta a pedra basilar e "medula espinal" do ordenamento desportivo brasileiro, que arquitetamos e inserimos na Constituição Federal de 1988. É exatamente esta a dicção consagrada no art. 217, I, da Lex Legum, impondo ao Estado o dever de respeitar e observar "a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações quanto à sua organização e funcionamento"

A autonomia desportiva, em sua concepção jurídica, como "postulado inderogable y vinculante" reconhecido e incorporado ao Texto Constitucional, decorre da "relação necessária entre autonomia e a criação de regras próprias" na construção de um ordenamento desportivo típico ou "d'un espace juridique sportif original" (Auneau).

* Professor do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Livre-Docência em Direito Desportivo. Membro da FIFA, da International Sport Law Association, da Comissão de Estudos Jurídicos Esportivos do Ministério de Esporte, do IBDD e da Comissão de Direito Desportivo do Conselho Federal da OAB. Consultor da ONU na área de Direito Desportivo. Autor de 39 livros jurídicos, sendo 22 na área do Direito Desportivo.

Por outro prisma, a noção de *lex sportiva* vincula-se a uma ordem jurídica desportiva autônoma, constituída não somente dos regulamentos autônomos das federações desportivas nacionais, em geral harmonizados com a legislação desportiva estatal onde têm sua sede, às regras oriundas das Federações Internacionais, e, ainda às sentenças e decisões proferidas dos tribunais de justiça desportiva e cortes arbitrais desportivas. E exatamente com esse espírito o Conselho Europeu firmou a Declaração de Nice (dez/2001) onde declarou “su compromiso en el pro de la autonomía de las organizaciones deportivas y su derecho a la autoorganización”.

Cumprido repontar que como prerrogativa jurídica resultante de cláusula constitucional a autonomia desportiva “consistente no prevalecimento de sua própria vontade, em tema de sua estrutura organizacional e de seu interno funcionamento” (Min. Celso de Mello, ADIn n. 3045-1-DF), nada obstante a autonomia desportiva goze de máxima proteção jurídica porque insculpida na *Lex Magna*, não se configura como um direito ilimitado dos entes desportivos. Com efeito, o postulado constitucional (art. 217, I) reforça “um *attribut de la liberté civile*” (Butler) outorgado, explicitamente, às associações desportivas, tendo como limites o respeito à ordem pública, às normas jurídicas fundamentais e ao direito de personalidade dos associados. Cumprido realçar, por pertinente, que em recente palestra na Escola Superior de Advocacia de São Paulo o Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, ao enfatizar o uso do princípio da subsidiariedade pela FIFA, prelecionou que em matéria desportiva “a capacidade de auto-organização independe da atuação estatal”. E esta assertiva ganha relevância maior ao se identificar que são constantes as intervenções políticas, pressões econômicas e ingerências legislativas que fazem tabula rasa da auto-regulação desportiva, ou seja, desrespeitando a autonomia das estruturas e organizações desportivas.

Alçada e categorizada a autonomia das entidades desportivas dirigentes e dirigidas (art. 217, I) como princípio constitucional, impede-se que venha a ser desfigurado ou sofrer restrições legais, doutrinárias ou jurisprudenciais, pois, como acentuam os juristas, “violado qualquer princípio, ainda que implícito, é tão afrontoso, como o que esteja expresso”. Vale dizer, violado um princípio, mormente de status constitucional, é muito mais grave do que transgredir uma norma. Com efeito, a autonomia desportiva é, indubitavelmente, um princípio, e, como tal, constitui a essência (razão de ser do próprio ser) da legislação desportiva porque a inspira (penetra no âmago), fundamenta-a (estabelece a base) e explica-a (indica a *ratio legis*).

Por isso mesmo, ao ser elevada ao patamar constitucional, a autonomia desportiva propicia às entidades desportivas dirigentes e associações uma plástica organização e um flexível mecanismo funcional que permitam o eficiente alcance de seus objetivos. Ou seja, com autonomia os entes desportivos estão aptos a buscar fórmulas capazes de resolver seus problemas, enriquecendo a convivência e acrescentando à sociedade desportiva idéias criativas e soluções

inovativas mais adequadas às peculiaridades da sua conformação jurídica (organização) e de sua atuação (funcionamento), desde que respeitados os limites da legislação desportiva nacional e resguardados os parâmetros das entidades desportivas internacionais.

Buscando evitar uma interpretação distorcida e deformante de autonomia desportiva, repontam-se alguns aspectos que tornam mais claro o seu sentido e alcance na praxis jurídico-desportiva:

a) A autonomia é palavra de origem grega que, literalmente, significa "legislação independente", como decorrência da conjunção de "autos", si mesmo e "nomos", lei, isto é, a faculdade de organizar-se juridicamente e de criar um direito, direito esse não só reconhecido pelo Estado, mas que este incorpora a seu próprio ordenamento jurídico e o declara obrigatório;

b) A autonomia (face interna da entidade) não se confunde com independência (face externa da entidade), posto que supõe o exercício de competências e poderes restritos ao seu peculiar interesse, consoante prescrições estabelecidas pelo ordenamento jurídico que não admite que direitos sejam exercitáveis de maneira absoluta e ilimitada.

Já no plano jurídico, a autonomia desportiva pode ser comparada ao poder discricionário onde há uma certa margem de liberdade de ação sem malferir a juridicidade, afastada qualquer semelhança ou paralelismo com o poder arbitrário que desborda e transgride os limites legais.

Traz-se à colação, ainda, para efeitos de distinção metodológica, que os ramos da ciência jurídica, inclusive o Direito Desportivo, são autônomos, mas nunca independentes dos demais ramos do Direito.

c) Resgatando e retroagindo aos trabalhos da última Constituinte a proposta redacional do art. 217, I dispunha sobre a "autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações quanto à sua organização e funcionamento INTERNOS". Esta expressão INTERNOS foi "arrancada", já na segunda votação da Comissão de Sistematização, sem debate, visando a distorcer o sentido da norma, alterar o seu alcance e atender a interesses imediatistas de grupos e pessoas. Contudo, a supressão da palavra "internos" não resultou, na prática, em qualquer mutação normativa ou interpretativa, em face da manutenção da expressão "sua", que, por si só, significando própria, é bastante e suficiente para delimitar a autonomia às matérias interna corporis dos entes desportivos. Alguns juristas insistem em defender que o art. 217, I da Lex Magna, ao "castrar" o adjetivo "internos", deixou claramente demonstrado que a autonomia assegurada aos entes desportivos ultrapassava os limites das atividades internas. E não se pode esquecer, nesse passo, que quando a Constituição quis restringir e limitar a atuação dos partidos políticos, concedeu-lhes, no art. 17, § 1º, "autonomia para definir sua estrutura INTERNA, organização e funcionamento". Isso significa, numa interpretação sistemática, que interna atrela-se à estrutura, mas não se aplica à sua organização e funcionamento, exatamente as expressões utilizadas

pelo constituinte no art. 217, I, consagrador e consolidador da autonomia desportiva na seara constitucional.

d) Observe-se, ainda, que a própria Lei nº 9.615/98 resguarda a **independência** (e não autonomia) das ligas (art. 20, § 5º) e dispõe que os órgãos judicantes desportivos são "**autônomos e independentes**" (art. 52, caput). E como o legislador não faz, nem pode fazer uso de sinonímia, tem-se, na própria legislação desportiva a matriz diferencial entre autonomia e independência.

Deflui-se, de tudo isso, que a autonomia desportiva refere-se a um certo poder de autonormação e de autogoverno que existe, sem intervenção estranha nem estatal, o que se reconhece e resguarda, constitucionalmente, dentro dos contornos traçados pela Carta Magna, que não delega ao legislador, administrador ou julgador competência para conceder direitos ou limitá-los, pois, só a própria Constituição pode fazê-lo. Recorde-se, por relevante, a advertência de Pontes de Miranda¹ para quem não há "nada mais perigoso do que fazer-se Constituição, sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa ou se entende devam ser cumpridos - o que é pior".

1. AUTONOMIA DESPORTIVA X AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

Impende não confundir ou misturar, como reiteradamente têm feito alguns juristas, a autonomia desportiva com a autonomia universitária, nada obstante ambas tenham sede constitucional, respectivamente nos artigos 207 e 217. Com efeito, tais autonomias têm alcance e sentido diversificados e inconfundíveis, porquanto, na orientação sedimentada no Supremo Tribunal Federal "as autonomias universitárias inscritas no art. 207, C.F., devem ser interpretadas em consonância com o disposto no art. 209, I e II, C.F. (MS nº 22.412- GO, Rel. Min. CARLOS VELLOSO). E, na ADIn 1.599 – MC/DF – Rel. Min. MAURÍCIO CORREA está assentado que o princípio da autonomia das universidades não é irrestrito, devendo "ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição". Isso significa que, por imposição do art. 209, I e II da Lei Fundamental, a autonomia universitária subordina-se a outros limites estatuídos no próprio Texto Básico, ou seja, "cumprimento das normas gerais de educação nacional" (art. 209, I) e "autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público" (art. 209, II).

A Procuradoria-Geral da República, em parecer, ressalta que: "a autonomia universitária não significa independência em relação à Administração Pública". Contudo, é relevante asseverar que esta autonomia universitária (art. 207, CF) condensa especificidades bem distintas da autonomia desportiva (art. 217, I), nada obstante, ambas estejam contempladas no Texto Constitucional. Não se

¹ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda nº 1, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, v. 1, p. 15.

pode olvidar que as universidades federais dependem de recursos orçamentários públicos, enquanto as entidades desportivas dirigentes e associações, na sua grande maioria, auferem, regra geral, tão apenas recursos privados. Tais diferenças não de ser sopesadas quando da atuação estatal visando a fixar limites e restrições a estas autonomias com sede constitucional. Ou, como averba Dardeau de Carvalho, "a autonomia das universidades, em nada se assemelha à autonomia das entidades desportivas". Ainda que incluídos no mesmo capítulo da Constituição, os pressupostos que informam e as peculiaridades de que se revestem as duas disposições (artigos 207 e 217) tornam tais autonomias opostas e inconfundíveis.

Registre-se, nesse diapasão, que a **autonomia desportiva (art. 217, I)**, diferentemente da mencionada autonomia universitária, não tem qualquer condicionante nos princípios e normas da Carta Política, do mesmo modo que inexistente qualquer limitação insculpida no corpo normativo da Constituição Federal. Vale dizer, a autonomia desportiva, comparativamente à autonomia universitária, não está sequer jungida ao cumprimento das normas gerais sobre desporto nem à autorização do Poder Público por qualquer de seus órgãos, sublinhando-se, nesse passo, que quando o constituinte quis delimitar o alcance da autonomia **universitária, disse-o, explicitamente, enquanto quando não quis, silenciou, e não condicionou a autonomia desportiva ao legislador infraconstitucional, até porque é princípio cediço na hermenêutica que não existem restrições ou vedações implícitas, como decorrência inelutável do art. 5º, II, da própria Constituição.**

2. AUTONOMIA X AGÊNCIA NACIONAL DE ESPORTES

Tem-se sugerido, com freqüência, a criação de uma Agência Nacional de Esportes à semelhança da ANEEL (energia elétrica), ANATEL (telecomunicações), ANP (petróleo) ou ANAC (aviação civil).

Decalcada da "*independent regulatory agency*" do direito americano, atualmente grassa no Brasil uma febre ou modismo de criação de agências reguladoras que buscam equilibrar a política da privatização de execução dos serviços públicos que, paradoxalmente, terminam na *publicização* de sua regulamentação e controle. Remarque-se que as agências reguladoras envolvem serviços públicos privatizados, ou seja, quando estes saem do domínio estatal e passam a fazer parte do domínio privado. Em síntese, a Agência Nacional tem a sua razão de ser quando o Estado abdica da atuação direta e assume o papel de regulador da atividade dos particulares, sobretudo quanto ao controle dos preços e qualidade dos serviços.

Vê-se, então, que o papel de Agência Nacional reguladora está jungida aos serviços públicos privatizados, daí afigurar-se seu modelo inaplicável ao desporto, atividade tipicamente privada, até porque jamais foi monopolizada ou exercitada pelo poder público.

Seria esdrúxulo, se não fosse ridículo, cogitar de uma Agência Nacional de Esporte para controlar preços e qualidade de serviços no âmbito desportivo. Ademais, a prática desportiva não depende de autorização, nem o desporto configura-se como serviço que deva ser oferecido à sociedade com o compromisso da universalização e continuidade, o que torna despienda uma Agência Nacional de Esporte.

Aduza-se que as agências reguladoras foram criadas tão apenas nas hipóteses em que monopólios foram transferidos do setor público para a esfera privada. Nesse passo, há quem destaque que as entidades desportivas dirigentes atuam como autênticos monopólios, conquanto não existem, por exemplo, três (3) CBF nem cinco (5) Federações paulistas de futebol. Contudo, nada obsta que, fazendo uso do constitucional direito de associação sejam constituídas de quatro (4) ou cinco (5) CBFs. Só que, apenas uma (1) delas terá o reconhecimento internacional da FIFA, do mesmo modo que dentre as plúrimas federações paulistas de futebol porventura existentes, somente uma (1) será filiada à CBF.

Inferese, então, que o "monopólio" desportivo diretivo é obra de cada sistema internacional e nacional, mas não inibe o surgimento de sistemas paralelos, como ocorre com o boxe, seja no plano fático, seja no plano jurídico, o que acaba por "implodir" a assertiva equivocada de que os entes desportivos de direção são monopólios. Verifica-se, então, que a sugestão de criação de uma Agência Nacional de Esporte é juridicamente exótica, e, ao mesmo tempo, parece ser um exercício intelectual demasiadamente improfícuo que não leva a nenhum resultado prático carente de amparo constitucional e legal, porquanto o desporto nunca foi atividade monopolizada pelo Poder Público objeto de ulterior transferência a atores privados.

De outra parte, a proliferação descriteriosa de agências nacionais, como cogumelos, cujo exemplo mais recente é a Agência Nacional de Cinema, colide com a experiência internacional, onde, poucos segmentos da economia, justificam a existência de uma agência reguladora específica.

Induvidosamente, a criação de uma Agência Nacional de Esporte esbarra no fato do desporto não se categorizar como "bem público", além do que o desporto é uma atividade que não comporta aferição do critério de "insuficiência de mercado", ou seja, torna-se imune ao "monitoramento permanente de mercado", donde se deflui ser descabida a criação de uma Agência Nacional de Esporte, com todos os ônus e burocracia decorrentes, acarretando o que a literatura do desenvolvimento econômico nomina de "falha de Estado".

Adite-se que a demagógica proposição de constituir uma Agência Nacional de Esporte faz tabula rasa da Constituição Federal, pois, no caso específico do desporto, está vedada a interferência estatal no funcionamento das associações (inclusive desportivas) - art. 5º, XVIII - a par de vulnerar o postulado da autonomia desportiva - art. 217, I - pois a organização e o funcionamento

das entidades desportivas diretivas e associações estariam comprometidas e infirmadas pela atuação invasiva e restritiva de uma Agência Nacional de Esporte, como demonstrado à sociedade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio constitucional da autonomia desportiva tem sido reiteradamente malferido pela legislação, incompreendido pela doutrina e violentado pela jurisprudência.

Em livro de nossa autoria, já assinalamos que

para que as entidades desportivas tenham sua (própria) forma de organização e funcionamento, sem nada de padronização ou feito estereotipado nos assuntos interna corporis. Vale dizer, afasta-se a autoritária e despropositada intromissão estatal nas questões internas da administração do desporto, prática essa incompatível com o regime democrático. Por sinal, a democracia vive as diferenças que geram a sociabilidade e o mundo desportivo necessita de autonomia para organizar-se e funcionar de acordo com a realidade e dinâmica própria de cada entidade desportiva, devendo atender às solicitações e exigências do meio em que atuam, donde exsurgirão soluções mais realistas e duradouras².

Adite-se, por oportuno, que a garantia constitucional conferida contra eventuais abusos do legislador é realçada por Gomes Canotilho quando assinala que

a cláusula de vinculação tem uma dimensão proibitiva: veda às entidades legisferantes a possibilidade de criarem actos legislativos contrários às normas e princípios constitucionais, isto é, proíbe a emanção de leis inconstitucionais lesivas a direitos, liberdades e garantias constituem, nesta perspectiva, normas negativas de competência porque estabelecem limites ao exercício de competências das entidades públicas legisferante³.

O Prof. Klaus Vieweg lembra que na Constituição alemã

the legal basis of the *autonomy* differs on the type of *club or association*. Sports associations and clubs which are characterized as German due to them being based in Germany or due to the majority of members being German are protected by *Article 9, I of Germany Constitution* (Grundgesetz – GG). Subsequently, the continued existence of the *organization and its operation* of just activities are also protected.⁴

² MELO FILHO, Álvaro. *O Desporto na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 69.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 402

⁴ VIEWEG, Kalus. Basic Freedom and Autonomy in Sport. *International Sports Law Review*, vol. IV, I, Athens, Leeder Books SA, 2000, p. 11.

Revela-se, assim, um quadro onde está assegurado o livre associativismo, com a inerente liberdade, plasticidade, flexibilidade e jogo de cintura, garantindo aos entes desportivos de direção e de prática atuarem com inteira autonomia e sem ingerência estatal, em suma, modelo absolutamente idêntico ao resultante do art. 217, I da Constituição Federal.

É preciso, nesse passo, depurar o postulado constitucional de qualquer leitura caolha ou desfocada, pois, a autonomia desportiva (art. 217, I, CF) não se confunde com independência (em face do monopólio e hierarquização organizacional das estruturas desportivas internacionais), nem tampouco com soberania (em razão deste conceito aplicar-se tão só às relações entre Estados e não entre entes desportivos privados de diferentes países), assim como não significa impermeabilidade total ao ordenamento estatal. A propósito, sublinhe-se que inexistente, no mundo globalizado e interdependente do desporto profissional, notadamente do futebol, distinção entre o interno e o externo, derruindo os ultrapassados argumentos calcados numa “independência” (que é nominal e relativa) e na “soberania” (que é formal e debilitada pelo aparecimento de entidades nacionais e internacionais vocacionadas para a auto-regulação). Ademais, não se pode desconhecer a singularidade do desporto, nem se pode descartar sua dupla especificidade: *specificité de l’activité sportive, d’une parte, et specificité des fédérations sportives, d’autre part*” (Bernard Geneste), geradoras da autonomia das organizações desportivas, daí porque, ela alcançou o status constitucional no Brasil com uma configuração e dimensão jurídica toda peculiar, conquanto os entes desportivos, dirigentes e dirigidos, têm laços próprios e índole diferente dos entes estatais.

Nessa perspectiva, torna-se de clareza solar que a legislação ordinária desportiva não pode ter uma dimensão infringente e derogatória da autonomia desportiva que deve ser exercida nos termos da Constituição, e *não*, nos termos da lei ou na forma da lei, dado que seus limites e vinculações, repita-se, devem ser procurados na Constituição e só dela podem ser extraídos. Com efeito, à evidência, não há na Lei das Leis outorga de delegação do legislador superior para que o legislador ordinário ou inferior regule o princípio constitucional da autonomia desportiva que, sequer, se faz acompanhar da expressão “nos termos da lei”, ou equivalente. A esse respeito é intransponível o fundamento do jurista Ives Gandra Martins no sentido de que “cabe ao legislador ordinário **explicitar** pensamento do **constituente** e jamais alterá-lo, transformando-se em **constituente delegado**, por uma auto-assunção de poder”⁵ (grifos do autor). Destarte, o princípio constitucional da autonomia desportiva, cristalizado no art. 217, I da Carta Magna, não admite qualquer espécie de restrição ou condicionamento, exceto aquela que poderia resultar diretamente do próprio texto da *lex fundamentalis*, e, por essa razão, as matérias essenciais ao exercício da autonomia desportiva refogem e são infensas ao tratamento pela legislação infraconstitucional sobre desporto.

⁵ MARTINS, Ives Gandra. *Propaganda de Cigarros nas Corridas de Fórmula 1 – Regime Jurídico Constitucional*. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, nº 3, em 2003, p. 36.

Vê-se, então, que a preservação do princípio constitucional da autonomia desportiva (art. 217, I), bem como de todos os outros postulados constitucionais que alguns autores denominam de “direito concentrado”, fortalece o respeito à Constituição Federal e garante um bem de vida indispensável à essência do Estado, especialmente do Estado democrático, protegendo-o contra as desmedidas investidas do arbítrio ou do puro capricho, inclusive legislativo. Nesse passo, confira-se acórdão da lavra do Ministro aposentado de STF Célio Borja (in RTJ nº 140, RE 107.869), quando remarca e assevera que “a rigidez normativa que ostentam os preceitos de nossa Constituição – impõe ao Poder Judiciário, qualquer que seja a sede processual, que se recuse a aplicar leis ou atos estatais reputados em conflito com a Carta Federal”. De mais a mais, os “arquitetos” dos dispositivos juridicamente defeituosos olvidaram o magistério de Konrad Hesse para quem

todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda⁶

Adite-se, por oportuno, a lição promanada de Karl Larenz:

Quando un ordenamiento jurídico, como ocurre con el nuestro, ha elevado determinados principios al rango constitucional, hasta que se comprende que una norma es inconciliable con tales principios para que haya de rechazar su validez⁷

E, como observa Gustavo Zagrebelsky,

se o direito atual é composto de regras e princípios, se pode notar que as normas legais são prevalentemente regras, enquanto as normas constitucionais são prevalentemente princípios Distinguir os princípios das regras significa então, em grandes linhas, distinguir a Constituição da lei⁸

Enfatize-se, ainda, que o legislador nunca deve esquecer que, ao tomar posse no Congresso Nacional, jurou, formal e publicamente, respeitar e cumprir a Carta Maior, daí a vedação ética e jurídica de “legislar sem limites, pondo abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e a majestade dos **princípios constitucionais**”, como bem anota o eminente Prof. Paulo Bonavides, ao verberar contra a intromissão estatal, por qualquer dos seus Poderes ou órgãos, lição esta que se ajusta como uma luva ao postulado constitucional da autonomia desportiva. E nessa mesma ordem de idéias, impende dizer que a Lei Básica representa parâmetro subordinante do legislador ordinário, conquanto o poder conferido ao Legislativo há de ser exercido de modo vinculado e atrelado

⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p. 22.

⁷ LARENZ, Karl. *Derecho Justo: fundamento de ética jurídica*. Madri: Civitas, 1985, p. 30.

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 148.

aos ditames constitucionais, “sob pena de inverter a ordem constitucional das coisas”. Por isso, como destacou o Min. Celso de Mello, na ADIn nº 293-7 DF, “todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica – dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade”.

Na lição do jurista e Ministro do STF Carlos Ayres Britto o constituinte de 1988 teve o

intuito de fixar na própria Constituição os conteúdos de cada um dos princípios por ela consagrados. Isto, para que tais princípios resultassem conceituados a partir de elementos encontrados nela própria (Constituição), e não no Direito infraconstitucional⁹

E por ser o “berço das estruturas e instituições jurídicas” e “gênese das regulações específicas e concretas” (Ministra STF Carmem Lúcia Rocha), é que a ignorância do princípio, “quando não induz a erro, leva à criação de rábulas no lugar de juristas” (Vicente Ráo).

Destes renomados autores não discrepa o espanhol Bermejo Vera ao prelecionar que *“la intervención excesiva de los poderes públicos en la actividad deportiva, probablemente inducida por las presiones de los próprios agentes deportivos, puede llegar a ser asfixiante, si transciende de lo racional”*¹⁰. E, em outro trabalho jurídico o mesmo e consagrado autor ressalta que *“no es difícil entender que una grande parte de la comunidad deportiva internacional pretende que los Poderes públicos se limiten al suministro de fondos económicos, sin interferir el movimiento autónomo y habitual de los fenómenos deportivos”*¹¹

Por sinal, há que se ter a consciência jurídica de que os princípios constitucionais não podem depender do *“prudente alvedrio dos legisladores”*, até porque, o legislador não deve ser prudente, mas obediente à Constituição. E, no caso do desporto, como registra Luis Roberto Barroso *“foi justamente para preservar o desporto das paixões exacerbadas e das injunções políticas circunstanciais que o constituinte consagrou o princípio da autonomia desportiva quanto a sua organização e funcionamento”*¹². E, para escoimar qualquer dúvida, transcreve-se aqui a notável lição de Geraldo Ataliba a respeito do valor e alcance dos princípios constitucionais:

Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos e serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos de governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas

⁹ BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e os limites de sua reforma. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. nº 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 231/232.

¹⁰ BERMEJO VERA, José. *Constitución y Deporte*. Madri: Tecnos, 1998, p. 122.

¹¹ BERMEJO VERA, José. *Constitución y ordenamiento deportivo*. REDA. nº 63 (1989), p. 347.

¹² BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio: Renovar, 2001, p. 570.

não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências¹³.

Cabe registrar, ainda, que tanto os elaboradores da lei, quanto os seus aplicadores, não podem desviar-se dos valores protegidos e assegurados pelo Texto Magno, nem podem infirmar interesses maiores do desporto prestigiados pela Constituição. Karl Larenz, nessa esteira, afirma:

Os princípios revestem-se de função positiva ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça e a paz social: sua “função negativa” significa a rejeição de valores e normas que os contrariam¹⁴

É indubitoso que vários ditames do ordenamento jus-desportivo brasileiro condensam vícios jurídicos que os tornam carentes e despidos da mais mínima constitucionalidade e consistência jurídica. Para tanto, não se afigura excessivo aduzir que, na concepção de Alexandra Pessanha,

a intervenção dos poderes públicos na ordenação do fenômeno desportivo obriga a que essa mesma intervenção respeite o espaço de autonomia em que o sistema desportivo legitimamente se fundou e se desenvolveu. Quer numa perspectiva político-sociológica, quer do ponto de vista estritamente jurídico, o direito de auto-organização e de auto-regulação, compreendidos no direito geral de associação, constituem deveres jurídicos para qualquer Estado de direito, condicionando a sua ação¹⁵.

A mesma autora, mais adiante, ao tratar da autonomia das federações desportivas assevera que “é-lhes igualmente inerente a capacidade de livremente prosseguirem e gerirem seus fins (autodeterminação), o que entre nós constitui uma capacidade constitucionalmente imposta e garantida às associações de direito privado”¹⁶.

Acresça-se, por relevante, que a autonomia de que gozam as entidades dirigentes e associações desportivas é uma garantia constitucional, de manifesta superioridade e eficácia em face da legislação ordinária. E, este entendimento tem supedâneo na lição de Pinto Ferreira:

A autonomia se concretiza mediante dois princípios fundamentais: a) a possibilidade de atuação livre dentro dos limites fixados pelo texto constitucional; b) a possibilidade de contrapor a livre deliberação e

¹³ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo:RT, 1985, p. 5 e segs.

¹⁴ LARENZ, Karl. *Derecho Justo*, p. 33 *apud* Odete Medauar. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 136.

¹⁵ PESSANHA, Alexandra. *As Federações Desportivas*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 33.

¹⁶ PESSANHA, A. op. cit. p. 113.

vontade contra uma eventual vontade de outra entidade do governo, Executivo ou Legislativo, em sentido contrário. Sendo uma garantia constitucional, fica a autonomia amparada pelo Poder Judiciário¹⁷.

Reforce-se que a autonomia – essência da atuação desportiva – sempre se contrapõe ao poder ilimitado, e não raro arbitrário, do Estado que, usando os instrumentos normatizadores, fixam condições regulatórias incidentes sobre a organização e invasivas do funcionamento dos entes desportivos, quase sempre desprezando aspectos substanciais do ser e dever ser desportivo. Nesse contexto, impõe-se buscar o desejável e necessário equilíbrio entre autonomia desportiva e processo de regulação, o que exige a reserva de espaço ao processo de “auto-regulação”, objetivando preservar a capacidade dos entes e agentes desportivos de inovar-se e de renovar-se, de modo continuado e espontâneo. E mais, é preciso respeitar-se os interesses desportivos, de inegável alcance social, pois, à evidência, hão de situar-se acima dos correntes, provisórios e contingentes interesses dos agentes estatais de plantão. Vale dizer, é importante que cada entidade desportiva exercite e torne concreta sua constitucional autonomia diminuindo sua dependência vertical ao Poder Público e aumentando sua dependência horizontal à sociedade, com vistas a construir seu próprio caminho com liberdade e a exercitar sua capacidade adaptativa a mudanças contínuas e inesperadas tão próprias do contexto desportivo.

Com efeito, o postulado da **autonomia desportiva**, não pode ser alterado ou infirmado, formal ou materialmente, por via direta ou transversa, por lei infraconstitucional, por configurar-se como cláusula pétrea consoante se extrai do § 2º do art. 5º da Lei Maior. E, como “todo princípio fundamental é norma das normas” (Paulo Bonavides), dirige-se aos Poderes de Estado e os condiciona na elaboração, interpretação e aplicação das normas jus-desportivas. Insista-se, ainda, que o art. 217, I, da Carta Política não autoriza a utilização de recursos hermenêuticos que possam importar em vulneração à autonomia desportiva, especialmente se se considerar que o objetivo maior do constituinte foi criar um espaço mínimo de atuação em matéria de organização e funcionamento na esfera desportiva que não pode ser afetado, nem comprometido por interpretações que culminem por lesar o mínimo essencial ou o “mínimo intangível”. E não se pode perder de perspectiva, quanto a esta regra-matriz do arcabouço desportivo, como parte indissociada da normatividade constitucional, que em razão de sua “constante vocação à eficácia e do necessário respeito que há de merecer, não resta espaço legítimo, portanto, a opor razões de conveniência ditadas pela conjuntura, pela realidade dos fatos presentes, por vezes susceptíveis de rápida mutação, se não estiverem em conformidade com a Constituição”, como assevera o Min. Néri da Silveira (RTJ, vol. 193, n. 1, pág. 157).

Àqueles que, com propensão oportunista ou utilitarista, tentam implodir ou fraudar o postulado constitucional da autonomia desportiva, lembra-se que esta saída é um salto rumo a um passado sombrio, marcado pelo autoritarismo

¹⁷ PINTO FERREIRA. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, ano XXIX, n. 20, Caruaru, 1992, p. 474.

e intervencionismo estatais, inclusive no desporto. E não é derruindo-se a autonomia desportiva (art. 217, I, CF) com proposições legislativas e artifícios hermenêuticos que se vai melhorar o desporto brasileiro. Ao revés, é preciso afastar da *lex sportiva* qualquer viés autoritário ou tradição estatista que atribui ao Estado a tarefa de resolver tudo, o que, in casu, implica em entorpecer a autonomia desportiva e, em consequência, concretizar uma intervenção “branca” na organização e no funcionamento dos entes desportivos, tolhendo o necessário e impondo o desnecessário. Demais disso, é cediço que o princípio da autonomia desportiva, com sede constitucional, no plano do Legislativo fixa limites à elaboração das leis versando sobre desporto. Outrossim, na esfera do Executivo estabelece o parâmetro delimitador de sua discricionariedade, e, no tocante ao Judiciário, a autonomia desportiva põe um freio na interpretação estatizante das normas do ordenamento jurídico-desportivo. Em suma, como o desporto quadra-se numa zona repleta de escolhos e riscos, a autonomia desportiva, de um lado, é obstáculo às intervenções de poderes estatais, e, de outro, não deve ser usada como suporte para a improbidade administrativa, a vulnerabilidade ética e o uso nocivo e predador do desporto com objetivos pessoais e inconfessáveis.

Diante de tais reflexões jus-desportivo-constitucionais conclui-se que a autonomia desportiva é princípio constitucional que não pode nem deve ser desfigurado nem relegado à inocuidade, notadamente por se constituir em instrumento ancilar para devolver aos entes desportivos um protagonismo, às vezes tolhido por normas legais, e, outras vezes, furtado por decisões judiciais intervencionistas ao arrepio da *Lex Magna* deslembrando-se, ainda, que “l’ autonomia delle organizzazione sportive è strettamente correlata alle caratteristiche e alle funzioni proprie dello sport”.

Remarque-se, finalmente, que o ditame da autonomia desportiva não é um testamento, nem um epitáfio. É um princípio jurídico-constitucional vivo e atuante da sociedade desportivizada que não apenas evita ingerências que muitas vezes obedecem a preceitos distintos daqueles puramente jus-desportivos, mas que, sobretudo, assegura ao desporto trilhar os caminhos da liberdade desenvolvendo seu natural ingrediente formador, espírito integrador e sentimento humanitário.

4. REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985.
- BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio: Renovar, 2001.
- BERMEJO VERA, José. *Constitución y Deporte*. Madri: Tecnos, 1998.
- _____. *Constitución y ordenamiento deportivo*. REDA. nº 63 (1989).
- BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e os limites de sua reforma. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. nº 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.
- LARENZ, Karl. *Derecho Justo: fundamento de ética jurídico*. Madri: Civitas, 1985.
- MARTINS, Ives Gandra. **Propaganda de Cigarros nas Corridas de Fórmula 1 – Regime Jurídico Constitucional**. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, nº 3, em 2003.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MELO FILHO, Álvaro. *O Desporto na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- PESSANHA, Alexandra. *As Federações Desportivas*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- PINTO FERREIRA. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, ano XXIX, n. 20, Caruaru, 1992.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda nº 1, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, v. 1.
- VIEWEG, Kalus. *Basic Freedom and Autonomy in Sport*. *International Sports Law Review*, vol. IV, I, Athens, Leeder Books SA, 2000.
- ZAGREBEČSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992.



A DUPLA CIDADANIA PARTICIPATIVA: A IDÉIA DE CIDADANIA NACIONAL E COSMOPOLITA.

*Antonio Sergio Peixoto Marques**

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar as várias concepções acerca da cidadania, tanto no aspecto lingüístico como no âmbito das ideologias, definindo, a posteriori, a melhor idéia que se amolda ao pensamento moderno. Na atualidade, a idéia de cidadania está inserida no âmbito interdisciplinar do saber, devendo ser evitados enfoques exclusivistas que, no final, tendem a restringir o alcance e magnitude do exercício da cidadania. As visões liberais, republicanas e comunitaristas refletem, apenas, uma faceta das dimensões norteadoras da cidadania, a qual se une umbilicalmente à idéia de democracia participativa. Esta dimensão participativa da cidadania é tão dinâmica que ultrapassa o espaço geográfico da soberania do Estado Nacional, alcançando o mundo, em função dos fenômenos modernos da globalização e os desafios para superar as diferenças existentes nos Estados Multinacionais e os problemas envolvendo estrangeiros – é a idéia da dupla cidadania: a nacional e a cosmopolita. Ambas coexistem e partilham do mesmo ideal: a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave

Cidadania participativa. Democracia. Dupla cidadania. Cidadão cosmopolita. Liberalismo. Republicanismo. Comunitarismo.

ABSTRACT

The objective of this article is to present the some conceptions concerning the citizenship, as much in the linguistic aspect as in the scope of the ideologies, defining, a posteriori, the best idea that if mould to the modern thought. In the actuality, the citizenship idea is inserted in the scope to interdisciplinary of knowing, having to be prevented exclusivist approaches that, in the end, tend to restrict the reach and magnitude of the exercise of the citizenship. The liberal, republican and communist sight reflect, only, one facet of the guilded dimensions of the citizenship, which if joins inherently to the idea of participative democracy. This participative dimension of the citizenship is so dynamic that it exceeds the geographic space of the sovereignty of the National State, reaching the world, in function of the modern phenomena of the globalization and the challenges to surpass the existing differences in the States Multinationals and the problems being involved foreign - it is the idea of the double citizenship: national and the citizen of the world. Both coexist and share of the same ideal: the dignity of the person human.

Key-words

Participative citizenship. Democracy. Double citizenship. Citizen of the world. Liberalism. Republican. Communist.

* Promotor de Justiça. Especialista em Direito Constitucional pela UECE/ESMP-CE e mestrando em Direito (Ordem Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará.

1. INTRODUÇÃO

Cidadania é uma palavra que não apresenta um sentido unívoco, sequer no mesmo tempo e espaço de uma civilização. Semanticamente, observa-se que tal palavra apresenta vários significados, em função das ideologias e da permeabilidade que a norteia, daí, o costume de adjetivá-la com o objetivo de fixar um sentido mais concreto. Fala-se, então, em cidadania responsável, plena, total, global, mínima, cosmopolita, ativa, passiva e tantos outros qualificativos.

O enfoque do tema será sob o prisma da interpretação nominalista – adotada pela modernidade, onde se utilizam rótulos para substituir uma fórmula longa, estabelecendo um corte na história – e não a essencialista¹ de origem aristotélica que busca a essência das coisas, pois este caminho leva à infinita regressão das definições.

Ainda no desiderato de alcançar a idéia de cidadania, será realizado o estudo analítico, compreendendo o aspecto sistemático e a evolução histórica², iniciando pela gênese que remonta à Grécia, passando por Roma e chegando à modernidade – para outros, também, a pós-modernidade. Tal estudo é necessário para afastar a vagueza do termo cidadania, pois Garcia Marzá, citando R. Dahl, afirma que “sempre tenint em compte que um terme que pot significar qualsevol cosa normalment no em significa cap”.³

Nesta trilha, far-se-á a análise analítica em busca de dissipar caminhos e idéias confusas, buscando, por aproximação (não há uma idéia essencial, dogmática e acabada), compreender a idéia de cidadania. Sobre a dinâmica da idéia de cidadania, Jaime Pinsky assim escreve: “Cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço.”⁴

Nesta busca do sentido ideal de cidadania, analisar-se as dimensões do termo cidadania, cotejando a teoria tridimensional realina e a visão trinitária de Paulo Bonavides acerca da expressão “povo”, resultando, desta forma, numa compreensão melhor da temática, dando ênfase ao estudo da cidadania como valor – teoria dos valores.

¹ Há um predomínio da concepção convencionalista ou nominalista (os conceitos se referem a convenções entre as pessoas que as utilizam) sobre a concepção realista ou essencialista (os conceitos refletem a essência das coisas), segundo GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005. p. 107.

² A referência à evolução histórica não deve ser compreendida como a doutrina historicista que permeou os movimentos totalitários.

³ DAHL, R. apud GARCÍA MARZÁ, Vicente Domingo. *Teoria de la democracia*. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 1999, p. 35-36. Tradução do texto escrito em catalão: “sempre temos em conta que um termo que pode significar qualquer coisa normalmente não o significa nada”.

⁴ PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2003, p. 9.

Como resultante destes caminhos percorridos, analisar-se-á a importância da cidadania participativa para construção de um país mais fraterno e com menos desigualdades, bem como se tal cidadania tem um âmbito de atuação, apenas, particularizado (local), ou se é possível estender suas fronteiras até alcançar o mundo, tendo como vetor a busca pelo projeto da “paz perpétua” de Kant.

2. CONCEPÇÕES LINGÜÍSTICAS DA CIDADANIA

Antonio-Enrique Pérez Luño apresenta duas maneiras de entender o significado de uma coisa, a saber: a *aproximação ostensiva* e a *análise lógica*, dando preferência, entretanto, a segunda, pois nesta não se objetiva o conhecimento da essência metafísica das coisas, mas, sim, a elucidar o significado dos termos em função do uso da linguagem. Para tanto, recorre-se às definições estipulativas e as lexicais. Interessa-nos no presente caso, as definições lexicais, ou seja: “término acuñado por R. Robinson (1954), para referirse a aquellas nociones que tienden a dar cuenta de todos los significados de uso de una palabra a partir de la experiencia de sus usos lingüísticos”.⁵

Quanto às acepções lexicais acerca da noção de cidadania, Pérez Luño, em outra obra⁶, apresenta, dentre outros, os seguintes usos lingüísticos: descritivo/prescritivo; teórico/pragmático; natural/político; global/local; universal/particular; unilateral/multilateral.

No sentido descritivo, a cidadania se insere na teoria jurídica publicista, traduzindo, portanto, a idéia de vínculo jurídico que une a pessoa ao Estado. Prescritivamente, o âmbito de análise é o “dever ser”, sendo próprio da filosofia moral e política a abordagens das várias concepções do termo cidadania.

No plano teórico, tem-se uma série de concepções doutrinárias de caráter multidisciplinar, a saber: jurídicas, filosóficas, sociológicas, políticas. Pragmaticamente, a noção de cidadania é utilizada com uma finalidade específica, como justificativa para empreender a concretização do conteúdo que envolve tal noção.

A cidadania, no seu sentido natural, reflete um fator inato que promove a inserção da pessoa ao grupo cultural a que pertence. Este sentido se amolda ao pensamento comunitarista. Politicamente, traduz a idéia liberal acerca da cidadania, ou seja, limita esta ao seu aspecto meramente formal.

A concepção global, como o próprio nome já diz, amplia o conteúdo da idéia de cidadania, englobando os direitos políticos, civis, sociais, econômicos e

⁵ LUÑO, Antonio-Enrique PÉREZ. Concepto y concepción de los derechos humanos. In: *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, 2005. Edición digital a partir de *Doxa*, núm. 4 (1987), p. 49. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_02.pdf>. Acesso em: 15 abril. 2006.

⁶ LUÑO, Antonio-Enrique PÉREZ. *Ciberciudadaní@o ciudadaní@.com?*. Barcelona: Gedisa editorial, 2004, p.18-22.

culturais. Já a idéia local reduz o âmbito do conteúdo da cidadania, limitando-a aos direitos derivados de uma determinada organização política.

No aspecto particular, a cidadania corresponde à visão tradicional de que a pessoa pertence a um determinado Estado, ou seja, liga a pessoa à cidade. Universalmente, a idéia de cidadania decorre do cidadão do mundo, pensamento típico que se amolda à globalização que reduziu o mundo a uma aldeia global.

A noção unilateral de cidadania refere-se ao vínculo único entre o indivíduo e o Estado; enquanto a idéia multilateral amplia este vínculo para outras relações, como é o caso dos fenômenos da supraestatalidade e infraestatalidade.

3. ABORDAGEM ANALÍTICA DA CIDADANIA

O enfoque analítico permitirá o conhecimento das várias concepções acerca da cidadania, afastando idéias confusas e facilitando a compreensão atual e o alcance da plena cidadania. Para tanto, far-se-á a abordagem história e, a partir desta, o estudo sistemático.

3.1. Evolução histórica

Jaime Pinsky refere-se a um período pré-histórico da cidadania, associando-o à doutrina dos chamados profetas sociais que estabeleceram os fundamentos do monoteísmo judaico ético, o qual serviu de base para as grandes religiões ocidentais (Cristianismo e Islamismo), além do próprio judaísmo, citando o profeta Amós:

Amós, principalmente, ousou fazer ouvir bem alto o retrato de uma sociedade injusta. Mais que isso, e nisso consistiu seu caráter revolucionário, teve a coragem de dizer quais os caminhos que a sociedade deveria tomar para superar a injustiça e criar uma sociedade de pessoas com direitos individuais e sociais (...) Desistem do deus do templo, de qualquer templo, e criam o deus da cidadania.⁷

No entanto, é na *civilização grega*, especialmente na cidade de Atenas, que a idéia de cidadania surge. Fabio Konder Comparato nos dá a real dimensão desta fase embrionária da cidadania:

A etimologia já revela a essência da origem história. Polites, que os romanos traduziram por cives, é o sócio da polis ou civitas. Cidadãos são apenas os homens que participam do funcionamento da cidade-Estado, os titulares de direitos políticos, portanto. Essa participação se fazia de forma direta, sem a mediação de repre-

⁷ PINSKY, Jaime. Os profetas sociais e o deus da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2003, p. 17,27.

sentantes. O instituto jurídico da representação privada, como todos sabem, era desconhecido no direito romano arcaico e a sua introdução na esfera política só ocorreu no mundo moderno.⁸

Falando acerca da herança de Atenas, o historiador Claude Mossé diz:

Já se tem dito e repetido que essa civilização era, antes de tudo, uma civilização do homem. (...) O problema político está no cerne de seus debates, pois não concebem o homem senão como um “animal político”. E talvez esta seja a palavra-chave da civilização ateniense. Os atenienses foram, primeiramente, cidadãos, e é isso que faz a grandeza de Atenas.⁹

Na Grécia, duas cidades principais disputavam o poder: Esparta e Atenas. A primeira representava a sociedade antidemocrática, fechada e norteada pela força bélica; a segunda, trazia a imagem de uma verdadeira democracia, uma sociedade aberta para novos avanços, norteada pelo espírito de liberdade e de participação na vida pública que consistia a *pólis*.¹⁰ O cidadão ateniense pertencia à *pólis*, portanto, havia uma relação muito forte entre o cidadão e a cidade, de modo que aquele não existia sem esta: sua vida, sua religião, suas atividades eram em torno da cidade.

Na verdade, naquela civilização não existia ainda a dicotomia Estado-Sociedade, mas, sim, uma *comunidade política* em que o cidadão lhe pertencia – era a idéia de *pertença ou pertencimento*¹¹. Sobre esta idéia, Norberto Luiz Guarinello afirma: “Esse caráter construído das cidades-estado fica claro se pensarmos nas regras que definiam, em cada uma delas, o pertencimento legítimo à comunidade”.¹²

Registre-se que a democracia ateniense não reconhecia a cidadania de algumas classes, dentre elas, as mulheres, os estrangeiros, os escravos, os artesãos e os comerciantes¹³. Karl Popper, embora reconhecendo tal exclusão da cidadania em Atenas, afirmou que: “(...) a escravidão em Atenas estava à beira da dissolução”.¹⁴

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova – Revista de cultura e política*. São Paulo, n. 28/29, p. 85-105, 1993.

⁹ MOSSÉ, Claude. *Atenas: A história de uma democracia*. Tradução: João Batista da Costa. Título original: *Histoire d'une démocratie: Athènes*. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 133-134.

¹⁰ Para uma melhor compreensão sobre o simbolismo de Esparta e Atenas, representando, respectivamente, o totalitarismo e democracia, recomenda-se a obra de POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, tomo I. Tradução: Milton Amado. Título original: *The open society and its enemies*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 191-199.

¹¹ Sobre a idéia de *pertença*, consultar IKAWA, Daniela. Do conceito dinâmico de liberdade e da democracia. In: *Revista brasileira de direito constitucional: Em tempos de democracia*. São Paulo: Método, nº 3, p. 271-272, jan/jun. 2004.

¹² GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-Estado na antiguidade clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2003, p. 34.

¹³ Neste sentido COMPARATO, Fábio Konder, op., cit., p. 86; GUARINELLO, Norberto Luiz, op. cit., p. 40 e outros autores.

¹⁴ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, tomo I. Tradução: Milton Amado. Título original:

A *ciudadania romana*, na expressão de Dalmo Dallari, “foi usada na Roma antiga para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer. A sociedade romana fazia discriminações e separava as pessoas em classes sociais”¹⁵.

No período da República, intensificaram-se as lutas pelos direitos civis dos plebeus contra os patrícios. Os caminhos da cidadania foram se abrindo e novos espaços foram conquistados, dentre eles: a criação do “concílio da plebe”, estatuída a Lei das Doze Tábuas que afastava a discricionariedade do direito consuetudinário e outros. A cidadania, de certa forma, foi banalizada, pois a mesma poderia ser adquirida por “hereditariedade, alforria ou concessão, individual ou coletiva, aos súditos do imperador”¹⁶. “A concessão de cidadania a aliados era um fator importante para a acomodação das elites nos territórios conquistados”,¹⁷ sendo utilizado para a expansão militar.

Fábio Konder Comparato sintetiza esta herança greco-romana:

Em suma, a vida privada do mundo greco-romano, matriz da civilização ocidental, era o espaço da sujeição e do poder absoluto, em contraste com a liberdade ativa que prevalecia na esfera política. A própria etimologia é reveladora dessa dicotomia social.¹⁸

Na *idade medieval*, destaca-se a influência do cristianismo na formação dos direitos humanos. Deve-se, ainda, fazer referência a Santo Agostinho que apresentava uma *dupla cidadania*¹⁹: divina e humana. Garcia-Marzá afirma que “em el seu llibre La ciutat de Déu (413-425) expressa sant Agustí la idea que l’home és ciutadà de dues ciutats, la ciutat del seu naixement e la ciutat de Deu”²⁰. Com isto, o homem, em busca de alcançar à cidade divina, deveria se submeter aos deveres impostos em nome de Deus. Neste período, a idéia de dever era muito latente no comportamento das pessoas, inclusive, há quem sustente a relação entre a teoria dos deveres fundamentais e o cristianismo.

A *ciudadania moderna* é fruto de uma ruptura com o *ancien régime* – o absolutismo -, resultado do processo mutacional da humanidade que se iniciou com a Revolução na Inglaterra de 1688, onde a burguesia adquiriu poder e passou a dominar o Parlamento. Na seqüência, em 1776, houve a independência das colônias do domínio Inglês, formando um novo Estado, os EUA. Coroando

The open society and its enemies. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 325.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 17.

¹⁶ GUARINELLO, Norberto Luiz, op. cit., 2003, p. 44.

¹⁷ FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2003, p. 56.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., 1993, p. 87.

¹⁹ Esta expressão “dupla cidadania” utilizada por Santo Agostinho não corresponde ao sentido de “dupla cidadania” utilizada no tocante à “cidadania nacional e cosmopolita”, embora não sejam incompatíveis, pois, numa visão teológica é admitida a idéia de cidadania celestial e terrena como defendida por S. Agostinho.

²⁰ GARCÍA MARZÁ, Vicente Domingo, op. cit., 1999, p. 36. Tradução do texto escrito em catalão: “Em seu livro A cidade de Deus (413-425) expressa Santo Agostinho a idéia que o homem é cidadão de duas cidades, a cidade do seu nascimento e a cidade de Deus”.

esta fase, ocorreu a Revolução Francesa de 1789 que influenciou o mundo inteiro com seus ideais universais de liberdade-igualdade-fraternidade.

Sobre os reflexos da revolução francesa, Dalmo Dallari nos diz que foi “nesse momento e nesse ambiente que nasceu a moderna concepção de cidadania, que surgiu para afirmar a eliminação de privilégios (...)”²¹. A cidadania moderna surge, simultaneamente, com a democracia e o liberalismo, fazendo parceria contra todo e qualquer regime totalitário. A participação cidadã era por intermédio do instituto da representação e, não mais, pelo modelo direto praticado em Atenas.

3.2. Estudo sistemático: concepções liberal, republicana, comunitária e democrática.

Segundo o professor Ricard Zapata-Barrero, a cidadania apresenta três elementos nucleares: Estado, Nacionalidade e Esfera Pública. Acrescenta, ainda, que o super-dimensionamento de um destes elementos vai resultar, respectivamente, na *visão liberal* (realça o vínculo jurídico do cidadão perante o Estado – a cidadania é um status, um conjunto de *direitos*), *comunitarista* (evidenciando a identidade do cidadão e seu vínculo à comunidade política, estabelecendo o sentimento de pertença à comunidade – a cidadania é uma *identidade*) ou *republicana* (atua na esfera pública, introduzindo o sentimento voluntarista – a cidadania é uma prática de *responsabilidade*)²².

Crítica-se o cidadão liberal pelo exagero ao individualismo metodológico, gerador do egoísmo universal (responsável pela desigualdade social e pela crença na idéia do *homo economicus*²³ como vetor de motivação das ações humanas), esquecendo o lado sentimental e relacional do ser humano. O comunitarista tem contra si o igualitarismo (responsável pelo sacrifício da liberdade individual, criando o chamado cidadão-total²⁴, membro integrante do Estado-total, ambiente onde se projeta o totalitarismo²⁵ com suas conseqüências nefastas), visto que realça demais o aspecto social e aniquila a individualidade. Contra o republicano, fala-se que o cidadão transforma-se em súdito que só tem deveres e não direitos, bem como a meta do “bem comum” ser algo indeterminado.

O *cidadão democrático* realça a idéia de participação e, dentro desta

²¹ DALARRI, Dalmo, op. cit., 2004, p. 19.

²² ZAPATA-BARRERO, Ricard. *Els drets i les responsabilitats cíviques em el debat contemporani sobre la ciutadania*. Disponível em: <<http://www6.gencat.net/joventut/catala/sgj/observatori/publicacions/docs/espais6b.pdf>> Acesso em: 14 de abril 2006.

²³ Para uma melhor compreensão do tema, o qual envolve a economia e a ética, recomendável a leitura da obra de um economista e filósofo: SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. Título original: *On ethics & economics*. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Título original: *Il futuro della democrazia*. 9ª ed. São Paulo: Paz e terra, 2000, p. 55.

²⁵ Sobre o totalitarismo e suas diversas formas, inclusive, o totalitarismo democrático, imprescindível a leitura da obra: OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária; a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. S. João do Estoril-Portugal: Principia, publicações universitárias e científicas, 2001.

concepção, pode-se, perfeitamente, conciliar os ideais das correntes supracitadas: liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade e civismo).

A liberdade, entretanto, não será mais a liberdade dos modernos a la liberalismo, nem a liberdade dos antigos (em Atenas), mas, sim, a liberdade contemporânea. Esta é vista por Daniela Ikawa da seguinte maneira:

(...) A liberdade moderna centralizou-se, de fato, não no status de pertença do indivíduo a um determinado Estado, mas na idéia de não-interferência ou de não-impedimento(...) No que tange à liberdade contemporânea, contrapôs-se à liberdade moderna pela introdução da idéia de liberdade real ou de liberdade com realização.²⁶

A igualdade, no entanto, será democrática, preservando a liberdade: uma igualdade na liberdade. Norberto Bobbio descreve esta relação liberdade-igualdade da seguinte maneira: “A única forma de igualdade que não só é compatível com a liberdade tal como entendida pela doutrina liberal, mas que é inclusive por essa solicitada, é a igualdade na liberdade (...)”.²⁷ O espírito cívico não corresponderá ao “súdito” do *ancien régime*, mas, sim, ao cidadão responsável a que se refere o professor Gerson Marques.²⁸

4. AS DIMENSÕES DA CIDADANIA

O professor Paulo Bonavides faz referência a três vias dimensionais da expressão “povo”: político, jurídico e sociológico.²⁹ Substituindo “povo” por “cidadão” – conceito mais adequado segundo Bobbio³⁰ – analisaremos a cidadania sob o enfoque desta visão bonavidiana, complementada pela teoria tridimensional de Miguel Reale.

O sociólogo Thomas Marshall, em obra clássica que analisa a histórica política e social da Inglaterra, apresenta uma *visão sociológica* da cidadania, analisando três vias sequenciais (*política, civil e social*), estabelecendo uma comparação às três dimensões dos direitos fundamentais. Vejamos a síntese deste pensamento:

(...) Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e

²⁶ IKAWA, Daniela. Do conceito dinâmico de liberdade e da democracia. In: *Revista brasileira de direito constitucional*: Em tempos de democracia. São Paulo: Método, nº 3, p. 271,273, jan/jun. 2004.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Título original: liberalismo e democracia. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 39.

²⁸ LIMA, Francisco Gerson Marques de. *Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável*. Curso de Mestrado da UFC, 2006. Apostila.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizador: Michelangelo Bovero. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Título original: Teoria generale della política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 379.

social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa (...). Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.³¹

O pensamento de Marshall foi importante para trazer novas luzes ao debate acerca do assunto, visto que, até então, predominava uma visão meramente formal de cidadania – típica do liberalismo – porém, agora, buscava-se dar um novo alento, na medida em que ampliava a cidadania, diminuindo a distância entre indivíduo e cidadão, e dando um enfoque à cidadania como status: “Cidadania é um status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade”.³² Contudo, Marshall foi severamente criticado, pois se alegava que o processo evolutivo da Inglaterra – base das pesquisas - não correspondia ao de outros países, bem como se estabelecia uma cidadania passiva e não ativa – a participação se limitava a exigir direitos e não a construir direitos com responsabilidade.³³

A *dimensão axiológica da cidadania* tem haver com a teoria dos valores³⁴, onde a cidadania é vista como um valor fundamental, o qual se insere no âmbito da democracia participativa que, na acurada visão de Paulo Bonavides, constitui um direito fundamental de quarta dimensão: “a democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta.”³⁵

O professor Paulo Bonavides associa a teoria dos valores à legitimidade³⁶ e, neste sentido, o exercício da cidadania tem essa dimensão valorativa que sedimenta a legitimidade, portanto, são ilegítimas decisões políticas sem a participação cidadã.

³¹ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução: Meton Porto Gadelha. Título original: Ensaios retirados de “Sociology at the Crossroads and other essays”. Rio de Janeiro: Zahar 1967:63-64

³² MARSHALL, T. H., op. cit., 1967, p. 76.

³³ CORTINA, Adela. *Cidadão do mundo: para uma teoria da cidadania*. Tradução: Silvana Cobucci Leite. Título original: Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía. São Paulo: Loyola, 2005, p. 77;

³⁴ Sobre “teoria dos valores”, recomendo as obras: DINIZ, José Janguê Bezerra. O valor da Justiça. In: *Revista brasileira de direito constitucional: Em tempos de democracia*. São Paulo: Método, nº 3, p. 190-196, jan/jun. 2004; e LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor*. Fortaleza, ABC, 2001.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 571.

³⁶ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2005, p. 623.

A *dimensão normativa* apresenta o vínculo entre o cidadão e o Estado, estabelecendo dois elementos: a titularidade e o conteúdo (exercício). Este se refere à cidadania *estricto sensu* e aquele ao cidadão.³⁷ Na questão da titularidade, há uma tendência de igualar todo homem à condição de cidadão, o que poderia levar a inutilidade da concepção de cidadania. No entanto, é importante ressaltar que houve avanços nesta área, uma vez que, mesmo na modernidade – no início – as mulheres, os pobres, os escravos e outros eram excluídos deste âmbito de titularidade.

Quanto ao segundo elemento normativo – o conteúdo – há a necessidade de uma ampliação, visto que o exercício formal da cidadania baseada no instituto da representação de caráter liberal é insatisfatório para o momento atual, necessitando, portanto, de ampliação do espaço público onde o cidadão possa transitar. É aqui que entra a idéia de cidadania participativa, assunto do próximo tópico.

Há, ainda, de ser ressaltada a *dimensão espacial da cidadania*³⁸ – alguns afirmam que são três dimensões; outros, quatro; penso que são cinco dimensões. O presente trabalho se limitará a abordar apenas duas dimensões - a dupla cidadania (nacional e cosmopolita) -, visto que o enfoque das demais, em especial da cidadania cibernética, exercida no espaço virtual, necessitaria de uma abordagem específica em função dos desdobramentos da temática, os quais levariam a discutir as transformações das sociedades, as sociedades de informações influenciadas pelas Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC)³⁹, o espaço virtual (*ciberespacio*), a viabilidade de uma *teledemocracia* com suas vantagens e desvantagens, a análise da opinião pública no âmbito do espaço virtual e os perigos decorrentes do abuso dos avanços tecnológicos (invasão da privacidade, criação de um ambiente propício ao totalitarismo e outros aspectos). Observa-se, facilmente, que tal temática exige

³⁷ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, op. cit., 2003, p. 47-55.

³⁸ HÖFFE, Otfried defende a tríplice cidadania: nacional, regional e cosmopolita, conforme citação na obra de GARCÍA, Eusébio Fernández. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 111. Acerca desta dimensão espacial da cidadania, o professor Ricardo Lobo Torres apresenta quatro dimensões: local, nacional, mundial e virtual (*ciberespacio*), conforme em TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 5, p. 157. Na verdade, se realizarmos um cotejamento entre as posições de HÖFFE e TORRES, verificaremos que se trata de cinco dimensões gradativas: local, nacional, regional, mundial ou cosmopolita e virtual ou *ciberespacio*. Para uma compreensão sobre a idéia de espaço virtual que geraria a cidadania cibernética, bem como uma possível teledemocracia, recomendo, dentre outras, as seguintes obras: LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *ciberciudadaní@o ciudadania@.com*. Barcelona: Gedisa editorial, 2004, p.18-22; KEANE, John. Lo público en la era de la abundancia comunicativa. In.: *Ciudadanos en la sociedad de la informacion*. GIUSTI, Miguel; MERINO, Maria Isabel (Org.). Lima-Peru: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

³⁹ Acerca do conceito das NTIC, consultar DÍEZ RODRÍGUEZ, Ángeles. *Ciudadanía cibernética. La nueva utopía tecnológica de la democracia*. In.: BENEDICTO, J. y MORÁN, M. L. (eds.): *Aprendiendo a ser ciudadanos. Experiencias sociales y construcción de la ciudadanía entre los jóvenes*. Edición Eletrónica. Madrid: Instituto de la Juventud, 2003, p. 193-217. Disponível em: <<http://www.injuve.mtas.es/injuve/contenidos.downloadatt.action?id=411334713>> Acesso em: 19 junho de 2000 jóvenes.

um estudo específico, o qual extrapola o objetivo do presente artigo.

5. POR UMA CIDADANIA PARTICIPATIVA ALÉM DOS MUROS DA POLIS (DUPLA CIDADANIA)

A teoria sociológica dos papéis duplos de Alfred Vierkandt, a que se refere Gregório Robles, enfatiza bem a importância da participação:

Essa teoria sociológica do duplo ponto de vista – interno e externo – esclarece a dupla situação do intelectual e, em geral, do pensador. Como espectador, talvez possa chegar à objetividade, se consegue ser um espectador realmente puro, mas como participante, certamente substituirá o cinzento da teoria pelo verde da árvore da vida.⁴⁰

A idéia de *ciudadania participativa* está associada à democracia participativa. Esta, segundo García-Marzá pode se apresentar em dois modelos: *democratização sub-sistêmica* (associa ao modelo tradicional de representação outras formas de participação) e a *descentralização política* (aproxima-se ao modelo de democracia direta a la grega, fracionando as instituições políticas em centros de unidades-básicas, formando um sistema piramidal de conselho e adotando o mandato imperativo).⁴¹ Benjamim Barber fala de uma democracia forte como modelo de participação:

*El futuro de la democracia pasa por la democracia fuerte – por la revitalización de una forma de comunidad que no es colectivista, una forma de razonamiento público que no es conformista y un conjunto de instituciones cívicas compatible con la sociedad moderna. La democracia fuerte se define por la política al modo participativo: es, literalmente, el autogobierno de los ciudadanos más que el gobierno representativo en nombre de los ciudadanos. Aquí los ciudadanos activos se gobiernan a si mismos, no necesariamente en cada nivel ni en cada instancia, pero si con la suficiente frecuencia y, en particular, cuando hay que decidir las políticas básicas y cuando se despliega un poder relevante.*⁴²

Analisando um possível conflito entre democracia representativa e participativa, Boaventura de Sousa Santos, após chamá-lo de “problema democrático”, apresenta duas soluções: a primeira, admitindo a *coexistência* entre estas duas espécies democráticas, onde a representativa seria realizada a nível nacional e a participativa em nível local; a segunda, seria a idéia de *complementaridade*, ou seja, a adoção de procedimentos participativos em

⁴⁰ ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Tradução: Roberto Barbosa Alves. Título original: Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad atual. São Paulo: Manole, 2005, p. 67.

⁴¹ GARCÍA MARZÁ, Vicente Domingo. *Teoría de la democracia*. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 1999, p. 127-128.

⁴² BARBER, Benjamin. *Democracia fuerte: un marco conceptual: política de la participación*. In: ÁGUILA, Rafael del. et al. (Org.). *La democracia en sus textos*. Madrid: Alianza 2003, p. 90.

determinados assuntos.⁴³ Fábio Konder Comparato enfatiza a importância desta participação ao afirmar que “a idéia-mestra da nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a idéia de participação.”⁴⁴

Tal participação, no entanto, não pode ser forçada ou homogeneizada, pois poderia tender-se para o que Paulo Otero chama de “democracia totalitária”. Há, ainda, de ser superada a tese antidemocrática de que o cidadão não está preparado para participar do processo decisório. Na verdade, o processo de educação deste cidadão começa, exatamente, a partir do momento em que o mesmo é incluído neste processo. A apatia política é fruto da exclusão da cidadania. Portanto, a tese que objetiva excluir o cidadão do processo democrático é elitista e visa manter o poder nas mãos de poucos iluminados e sábios – é a velha tese totalitária platônica.

Ainda sobre a participação, é importante ressaltar que esta não pode ser uniformizada para toda e qualquer comunidade, visto que cada povo possui sua identidade e cultura que o torna diferente. Nesta esteira, Tomás R. Villasante se refere às democracias participativas (no plural), dando a entender, exatamente, a diversidade de formas participativas, a qual se amoldará a cada caso concreto. No entanto, após analisar várias formas participativas em diversos lugares da América Latina e Europa, apresenta uma série de atitudes concretas necessárias à realização da idéia de participação - é o “decálogo de la participación”.⁴⁵

Vislumbra-se, na dimensão espacial da cidadania, a *natureza dúplice da cidadania*: a primeira (*ciudadania nacional – tem o sentido, na lingüística, de particular*)), estabelece um vínculo entre o cidadão e o Estado – sob o enfoque liberal se confunde com a nacionalidade; a segunda (*ciudadania cosmopolita – tem o sentido, na lingüística, de universal*)), reflete o apelo a uma ética universal dos direitos humanos como superação das diferenças culturais, ultrapassando as fronteiras da soberania do país e se tornando um cidadão do mundo⁴⁶.

5.1 - cidadania nacional: aspectos legislativos e jurisprudenciais do Brasil

A *ciudadania nacional* tem seu marco normativo estabelecido na Constituição. Nesta linha de pensamento, cidadania passa a ser um vínculo – abrangendo as várias dimensões já referidas - que une a pessoa ao Estado.

⁴³ AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/IntroDemoPT.pdf>>. Acesso em: 10 abril de 2006.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., 1993, p. 92.

⁴⁵ A descrição e a aplicação deste “decálogo” é desenvolvido em VILLASANTE, Tomás R. *Las democracias participativas: de la participación ciudadana a las alternativas de la sociedad*. Madrid: HOAC, 1995, p. 370-373.

⁴⁶ Sobre a idéia de cidadão do mundo, v. LIMA, Francisco Gérson Marques de. Por uma visão internacional antropocêntrica dos direitos humanos, num mundo de terrorismo, guerras, insegurança e avançadas tecnologias. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3649>>. Acesso em: 22 abril de 2006.

Esta participação cidadã pode ocorrer, dentre outras perspectivas, em três esferas: político, administrativo e judicial. André Ramos Tavares, após reconhecer vários significados para a expressão “participação política”, delimita-o como “a atuação dos indivíduos (incluindo a sociedade) ou grupos intermediários entre sociedade e Estado nos processos decisórios deste último”.⁴⁷

O professor Gustavo Henrique define a “participação administrativa” como “a intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração Pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas”.⁴⁸ A professora Denise Lucena Cavalcante fala do cidadão-contribuinte, revelando sua importância na participação administrativa: “A concepção atual de cidadania tem permitido novos enfoques não só no campo do direito público, como em diversas outras áreas, destacando a ampla e direta participação do cidadão no âmbito da Administração Pública”.⁴⁹

O professor Gerson, falando acerca da *participação judicial*, diz que “não se compreende o lado ativo da cidadania sem o direito de participar das atividades e funções do Estado, dentre as quais se inclui a jurisdicional”.⁵⁰ Tal assertiva é corroborada por Baracho: “A cidadania, para sua efetivação plena, demanda múltiplas incursões sobre o conceito de garantia e dos princípios constitucionais do processo”.⁵¹

Esta participação cidadã não se restringe ao ato de votar e ser votado (aspecto político), mas alcança o âmbito econômico e social. Ademais, esta participação é eminentemente direta e, por exceção, indireta.⁵² A cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil nos termos do art. 1º, inciso II, da CRFB/88. Não há dúvidas da adoção, no plano constitucional, da cidadania participativa: 1) pelo instituto da representação, elegendo mediante o exercício do voto, seus representantes; e 2) por outras formas de atuação, dentre outras: ação popular (art. 5º, LXXIII), direito de informação (Art. 5º, XIV), mandado de injunção (art. 5º, LXXI), plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14, I, II e III) e outros.

No plano infraconstitucional, há inúmeras atividades outorgadas ao cidadão, dentre elas o dos municípios adotarem o orçamento participativo (art. 48, § único LC 101/2000), que tem o condão de permitir um controle prévio do

⁴⁷ TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. In: *Revista brasileira de direito constitucional: Em tempos de democracia*. São Paulo: Método, nº 3, p. 359, jan/jun. 2004.

⁴⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação administrativa. *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, set/out/nov, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-3-SETEMBRO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2006.

⁴⁹ CAVALCANTE, Denise Lucena. *Credito tributário: a função do cidadão-contribuinte na relação tributária*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 28.

⁵⁰ LIMA, Francisco Gerson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 97.

⁵¹ BARACHO, Jose Alfredo de Oliveria. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 9.

⁵² LIMA, Francisco Gerson Marques, op. cit., 2002, p. 101.

dinheiro público, estabelecer prioridades quanto às políticas públicas e afastar a terrível apatia política – prestigia-se a idéia de transparência da coisa pública.

No âmbito da jurisprudência, observa-se um conservadorismo no tocante à idéia de cidadania. O professor Gerson, analisando o caso da Ação Popular, critica a postura legislativa da Lei nº 4.717/1965 que reduz o cidadão àquele que possui o título de eleitor, bem como o Judiciário que, além de exigir o aludido título, requer comprovação da última votação. Acrescenta que tal postura é inadmissível com a idéia atual de cidadania, até porque a Lei da Ação Popular veio ao mundo jurídico em plena Revolução Militar, quando a concepção de cidadania era a mais restrita possível.⁵³ Outro exemplo de visão distorcida de cidadania pelo Judiciário, seria o caso da interpretação restritiva quanto aos legitimados para ingressarem com a Ação de Impugnação de Mandado Eletivo (art. 14, § 11º, da CF/88).

5.2. Cidadania cosmopolita

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi promovida, antropologicamente, a cisão do ser humano em homem e cidadão, significando a divisão entre a vida privada e a pública.⁵⁴

Tal cisão, naquele momento, tinha um endereço filosófico certo: ao homem eram concedidos os direitos civis, resguardando sua individualidade; ao cidadão (excluídos as mulheres, analfabetos e outros em decorrência da adoção do voto censitário), os direitos políticos resumidos em votar e ser votado, típicos da democracia representativa (substituindo a relação de vassalagem e suserania do *ancien régime*). Por esta razão, Karl Marx proferiu severa crítica a esta cisão, especialmente à noção de cidadania, comparando-a a uma criação burguesa utilizada para manter o *status quo* vigente contrário aos interesses do proletariado.⁵⁵

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 surge um novo enfoque, a saber: as *idéias de humanidade e dignidade da pessoa humana* que transcendem o marco territorial do Estado Nacional – a internacionalização dos direitos humanos. Reabre-se, portanto, a discussão da realização do projeto idealizado por Kant pela “paz perpétua”.

Tal debate fica mais intenso com o advento de fenomenologias modernas (multiculturalismo, Estado Multinacional, pluralismo, globalização, universalismo, particularismo, tolerância e outras) e pelos conflitos envolvendo estrangeiros, refugiados, imigrantes e grupos minoritários.

Kant defendia o pacto entre Estados Federados visando estabelecer a paz entre

⁵³ LIMA, Francisco Gerson Marques de, op. cit., 2002, p. 275-276. O professor Gerson elenca uma série de normas aplicadas ao cidadão, tanto no plano constitucional como infraconstitucional.

⁵⁴ ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Tradução: Roberto Barbosa Alves. Título original: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad atual*. São Paulo: Manole, 2005, p. 71.

⁵⁵ MARX, Karl apud LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, op. cit., 2003, p. 30-31.

os povos, não a fusão destes Estados, pois temia a criação de um Estado Mundial e Universal, ambiente propício para se instalar o Despotismo Universal.⁵⁶

Analisando a relação entre o multiculturalismo e a democracia, Will Kymlicka, após criticar o modelo liberal que se apresenta neutro na questão dos grupos étnicos, subjugando as minorias à vontade da maioria, propõe o que ele chama de “democracia diferenciada”. Esta consiste em proporcionar uma convivência digna para o estrangeiro e as várias “nações étnicas” dentro do Estado Nacional (Estado Multinacional), onde o cidadão se sentirá pertencente e vinculado ao seu grupo étnico-cultural, a exemplo dos bascos e catalães na Espanha.⁵⁷

Em que pese a preocupação de Kymlicka no sentido de evitar o massacre dos “grupos nacionais minoritários” e buscar a proteção dos estrangeiros, entendo que tal alternativa pode desaguar no fortalecimento dos aludidos grupos e, no futuro, criar uma rivalidade ainda maior entre grupos nacionais iguais que disputam espaço dentro do mesmo Estado. Este caminho poderia recriar uma espécie de sistema feudal do Absolutismo, onde os grupos (feudos) se ligariam ao Estado, não pela relação vassalagem-suserania, mas, sim, pela relação tolerância-cidadania diferenciada. O professor Eusébio Fernández García estabelece a diferença entre o multiculturalismo e o pluralismo:

(...) El pluralismo es una seña de identidad de las sociedades libres. Se refiere a la convivencia pacífica de formas de vida y de pensamiento diferentes. (...) El multiculturalismo hace referencia a la convivencia en un mismo país o region de tradiciones culturales distintas. Indica mezcla de culturas y por tanto de visiones sobre la vida y los valores, diferentes y opuestos entre si.⁵⁸

Nesta análise, Eusébio Garcia perfilha por um entendimento diferente de Kymlicka, na medida em que afirma que o multiculturalismo tende ao relativismo, onde cada cultura almeja ser tratada de forma igual às demais – às vezes se achando superior – fato este que prejudica a idéia de humanidade e o projeto da universalização dos direitos humanos. Acrescenta, ainda, que, em nome de determinada cultura, não se pode abonar e aceitar, por exemplo, os sacrifícios humanos, a escravidão, a tortura, a supressão da liberdade, a não

⁵⁶ KANT, Immanuel apud KOLLER, Peter. *Soberania nacional e justiça internacional*. In: *Direito & legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). São Paulo: Landy editora, 2003, p. 327.

⁵⁷ KYMLICKA, Will. *Democracia y multiculturalismo: derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal*. In: ÁGUILA, Rafael del. et al. (Org.). *La democracia en sus textos*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 413-439. Nesta obra, esclarece que os estrangeiros aceitam a idéia de integração à cultura do Estado Nacional, enquanto os “grupos nacionais minoritários” resistem a tal integração, pleiteando um espaço próprio de convivência e tolerância. Faz, ainda, um registro de que a democracia liberal objetiva expandir sua “cultura oficial” de modo a ser aceita pelas demais, alegando o princípio da maioria, no entanto, tal postura tem gerado conflitos culturais (universalismo x particularismo). Defende, ainda, a idéia da coexistência entre a proteção dos “direitos dos grupos” e os “direitos individuais”.

⁵⁸ GARCÍA, Eusébio Fernández García. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 66-67.

consideração da mulher como pessoa e outros fatos que violam à dignidade. Eusébio García defende, portanto, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – com a *idéia de humanidade e dignidade* - serve como um Código de Ética comum a toda as culturas. Neste diapasão, afirma que não pode haver tolerância nem indiferença para com grupos que desrespeitam às necessidades mínimas do ser humano, defendendo, inclusive, a utilização da intervenção bélica em prol das garantias humanitárias.⁵⁹ Sobre a cidadania cosmopolita, Adela Cortina escreve:

(...) o ideal cosmopolita está latente no reconhecimento de direitos aos refugiados, na denúncia de crimes contra a humanidade, na necessidade de um direito internacional, nos organismos internacionais e, sobretudo, na solidariedade de uma sociedade civil, capaz de transpor todas as fronteiras (...). Poderíamos dizer, portanto, que o reconhecimento da cidadania social é *conditio sine qua non* na construção de uma cidadania cosmopolita que, por ser justa, faça com que todos os homens se sintam e se saibam cidadãos do mundo.⁶⁰

Eusébio García, após evidenciar que os direitos humanos fundamentais são universais e não tem pátria nem país, defende a idéia da cidadania cosmopolita em torno de valores que transcendem às fronteiras do Estado Nacional, sem, contudo, substituir a cidadania patriótica (nacional) – defende a coexistência entre a cidadania cosmopolita e a nacional. García reconhece os desafios culturais, políticos e sociais para a realização da cidadania cosmopolita, no entanto, acredita que “el ideal de una ciudadanía cosmopolita es moralmente superior a cualquier outro”.⁶¹

Neste projeto de realização de cidadania cosmopolita, há a necessidade de superar o particularismo decorrente das diversas culturas que existem no Estado Multinacional, implementando a universalização de valores fundamentais do ser humano esculpidos no Código de Ética supramencionado.

6. CONCLUSÃO

A idéia de cidadão surgiu na Grécia, caracterizada pela qualidade de *pertença à polis* e o exercício direto da cidadania, pois naquela época inexistiam o instituto da representação e a dicotomia Estado-Sociedade. Na modernidade, ressurgiu a cidadania, porém, passiva, pois se limitava a exigir direitos frente ao Estado – pensamento típico do liberalismo que dominava aquele momento. Paulatinamente, este cidadão-egoísta e extremamente individualista vai descobrindo seu lado humano, ampliando a noção de cidadania que, agora, é

⁵⁹ GARCÍA, Eusébio Fernández García, op. cit., 2001, p. 57-79.

⁶⁰ CORTINA, Adela. *Cidadão do mundo: para uma teoria da cidadania*. Tradução: Silvana Cobucci Leite. Título original: *Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía*. São Paulo: edições Loyola, 2005, p. 200,210.

⁶¹ GARCÍA, Eusébio Fernández García, op. cit., 2001, p. 109.

vista no campo interdisciplinar do saber: filosófico, sociológico e normativo.

Grandes correntes do pensamento humano – republicano, comunitarista e liberais – disputam pela melhor concepção acerca da cidadania, no entanto, é na democracia que se encontra o ambiente propício para que o cidadão possa, efetivamente, desenvolver todo o seu potencial. Neste sentido, Baracho foi enfático ao afirmar que “não há cidadãos sem democracia ou democracia sem cidadãos”.⁶² É na democracia participativa que a cidadania alcançará sua plenitude, devendo o Estado criar estímulo para tal desiderato, facilitando o acesso à Justiça, promovendo o orçamento participativo, fortalecendo os conselhos municipais/estaduais/federais e criando outras formas de atrair o cidadão para o efetivo exercício da cidadania.

Em contrapartida, o cidadão precisa ocupar este espaço com responsabilidade, superando a passividade – fruto do nefasto paternalismo – e buscando o equilíbrio entre o ato reivindicatório de direitos e o exercício do dever cívico para com seu país – expressão do patriotismo responsável. A participação do cidadão, em suma, gera, pelo menos, seis grandes vantagens: 1) legitima as decisões políticas; 2) afasta a apatia política; 3) incentiva e fortalece a “virtude cívica” e o dever moral de construir um país mais humano e fraterno; 4) gera a tolerância, na medida em que se conhece o “outro” no processo dialógico; 5) estimula o exercício do voluntariado; e 6) qualifica o cidadão, tornando-o mais educado e preparado.

Esta consciência cidadã deve expandir-se e alcançar o mundo, superando as barreiras existentes nos Estados Multinacionais, a questão da convivência entre estrangeiro e nacional, criando um canal dialógico entre os vários grupos (evitando a “ditadura da maioria”) na busca de um ideal comum e mais nobre – superior às diferenças religiosas, culturais, étnicas, sociais e econômicas – capaz de construir um projeto em torno da humanidade e da dignidade – a idéia kantiana da “paz perpétua”. Esta é a postura de um cidadão responsável pela sobrevivência da humanidade. Esta será a grande contribuição desta geração para as futuras gerações – esta é a melhor idéia de cidadão e, daí, cidadania.

7. REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/IntroDemoPT.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BARACHO, Jose Alfredo de Oliveria. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBER, Benjamin. Democracia fuerte: un marco concepeual: política de la participación. In: ÁGUILA, Rafael del. et al. (Org.). *La democracia en sus textos*.

⁶² BARACHO, José Alfredo de Oliveira, op. cit., 1995, p. 1.

Madrid: Alianza, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Título original: *Il futuro della democrazia*. 9ª ed. São Paulo: Paz e terra, 2000.

_____. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Título original: *liberalismo e democrazia*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizador: Michelangelo Bovero. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Título original: *Teoria generale della política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova – Revista de cultura e política*. São Paulo, n. 28/29, p. 85, 1993.

CORTINA, Adela. *Cidadão do mundo: para uma teoria da cidadania*. Tradução: Silvana Cobucci Leite. Título original: *Ciudadanos del mundo: hacia una teoria de la ciudadanía*. São Paulo: Loyola, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2004.

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Credito tributário: a função do cidadão-contribuinte na relação tributária*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, José Janguê Bezerra. O valor da Justiça. In: *Revista brasileira de direito constitucional: Em tempos de democracia*. São Paulo: Método, nº 3, p. 190-196, jan/jun. 2004.

FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2003.

GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.

GARCÍA, Eusébio Fernández. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Madrid: Dykinson, 2001.

GARCÍA MARZÁ, Vicente Domingo. *Teoria de la democracia*. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 1999.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-Estado na antiguidade clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2003.

IKAWA, Daniela. Do conceito dinâmico de liberdade e da democracia. In: *Revista brasileira de direito constitucional: Em tempos de democracia*. São Paulo: Método, nº

3, p. 271-272, jan/jun. 2004.

KYMLICKA, Will. Democracia y multiculturalismo: derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal. In: ÁGUILA, Rafael del. et al. (Org.). *La democracia en sus textos*. Madrid: Alianza 2003.

KOLLER, Peter. Soberania nacional e justiça internacional. In: *Direito & legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). São Paulo: Landy, 2003.

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

_____. *Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável*. Curso de Mestrado da UFC, 2006. Apostila.

_____. Por uma visão internacional antropocêntrica dos direitos humanos, num mundo de terrorismo, guerras, insegurança e avançadas tecnologias. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3649>>. Acesso em: 22 abril de 2006.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor"*. Fortaleza, ABC, 2001.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Ciberciudadaní@ o ciudadanía@.com?*. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. *Concepto y concepción de los derechos humanos*. In Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de Doxa, núm. 4 (1987), p. 49. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_02.pdf>. Acesso em: 15 abril de 2006.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução: Meton Porto Gadelha. Título original: *Ensaio retirados de "Sociology at the Crossroads and other essays"*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1967.

MOSSÉ, Claude. Atenas: *A história de uma democracia*. Tradução: João Batista da Costa. Título original: *Histoire d'une démocratie*: Athènes. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação administrativa. *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, set/out/nov, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-3-SETEMBRO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>> Acesso em: 10 de abril de 2006.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária; a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. S. João do Estoril-Portugal: Principia, publicações universitárias e científicas, 2001.

PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2003.

_____. Os profetas sociais e o deus da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2003.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, tomo I. Tradução: Milton Amado. Título original: *The open society and its enemies*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Tradução: Roberto Barbosa Alves. Título original: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad atual*. São Paulo: Manole, 2005.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. Título original: *On ethics & economics*. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. In: *Revista brasileira de direito constitucional: Em tempos de democracia*. São Paulo: Método, nº 3, p. 359, jan/jun. 2004.

VILLASANTE, Tomás R. *Las democracias participativas: de la participación ciudadana a las alternativas de la sociedad*. Madrid: Edições HOAC, 1995.

ZAPATA-BARRERO, Ricard. *Els drets i les responsabilitats cíviques em el debat contemporani sobre la ciutadania*. Disponível em: <<http://www6.gencat.net/joventut/catala/sgj/observatori/publicacions/docs/espais6b.pdf>> Acesso em: 14 de abril de 2006.



DOS TRIBUTOS PARA AS FINANÇAS PÚBLICAS: AMPLIAÇÃO DO FOCO

*Denise Lucena Cavalcante**

RESUMO

Este artigo demonstra as alterações ocorridas no atual contexto político-jurídico-social e suas conseqüências na atuação do Estado e nas finanças públicas. A questão da transparência na gestão pública também viabiliza um melhor controle dos atos estatais e permite uma ingerência da sociedade em todos os setores. Alerta-se neste contexto para uma maior observância à produção legislativa, sendo inviável a permanência no ordenamento jurídico de leis confusas e de constitucionalidade duvidosa. Estando o Poder Executivo vinculado ao princípio da legalidade, não basta uma melhoria em seus quadros de atuação diante de uma legislação que não se coaduna com o princípio maior da justiça fiscal. O direito necessita de uma ampliação do foco em relação às finanças públicas, não mais permitindo uma visão estrita do Direito Tributário.

Palavras-chave

Finanças públicas. Responsabilidade fiscal.

ABSTRACT

This article demonstrates the alterations that occurred in the current political-legal-social context and its consequences in the performance of the State and the public finances. The question of transparency in public administration also makes possible a better control of the acts of the state and allows an intervention of the society in all sectors. In this context, an alert should be made for a stronger attention to the legislative production, being impracticable the permanence in the legal system of confused laws or of doubtful constitutionality. Being the Executive tied to the principle of legality, an improvement in the shape of its performance of legislation is not enough in front of laws that are not in accordance with the higher principle of fiscal justice. The law needs to magnify the focus in relation to the public finances, not allowing any more a strict vision of the Tax law.

Key-words

Public finances. Fiscal responsibility.

* Doutora em Direito – PUC/SP. Mestre em Direito – UFC. Professora de Direito Tributário e Financeiro da Graduação e Pós-graduação – UFC. Coordenadora do Mestrado – UFC. Procuradora

1. INTRODUÇÃO

O atual contexto político-jurídico desde início do século XXI surge com mudanças na estrutura social e estatal decorrentes, dentre vários fatores, da revolução tecnológica e globalização econômica.

Esta proximidade entre as nações e a celeridade e transparência imposta pelos novos meios eletrônicos determinam uma profunda alteração no comportamento social.

Impera hoje uma sociedade mais atenta e conhecedora dos fatos, não mais permitindo que a mesma seja colocada às margens das decisões estatais.

Insiste-se na idéia de que a figura do Estado contemporâneo necessita de mudança e que não se pode mais albergar o Estado “escondido”. Transparência é a palavra de ordem neste novo século.

Os dados estatísticos do país referentes ao orçamento público devem ser observados no seu devido lugar, ou seja, nos *sites* oficiais do Governo como, por exemplo, na Secretária do Tesouro Nacional¹ onde são publicados mensalmente todos os valores arrecadados pelo fisco federal, bem como a despesa realizada, e não mais na imprensa com afirmações parciais ou mesmo duvidosas.

Percebe-se que há um choque de gerações coexistentes nas áreas estatais e isto se vê claramente nos discursos de ambas. E é até compreensível que a geração que vivenciou um passado ditatorial recente ainda seja incrédula as atuais mudanças, contudo, é preciso um esforço conjunto em comprovar e efetivar esta nova ordem decorrente dos avanços tecnológicos e da globalização.

É preciso alertar que há uma nova geração que ocupa os cargos públicos simultaneamente com a geração que vivenciou as décadas anteriores, mas há diferença substancial: o foco da atuação.

A geração pós Constituição de 1988 ocupa posições no Estado decorrentes de concursos públicos o que os libera de qualquer ato dito de “reconhecimento” ou “gratidão” a terceiros, tendo autonomia para se ater aos ditames legais.

Diante desta independência funcional e restrita a lei o que deve imperar neste contexto, é sim, uma posição de controle da produção legislativa. Chega à hora da sociedade exigir mais responsabilidade do Poder Legislativo no efetivo controle da edição de leis claras, justas e imparciais.²

¹ Disponível em: www.stn.fazenda.gov.br.

² Klaus Tipke chama a atenção para a responsabilidade do Legislador ao elaborar a lei fiscal, afirmando com precisão: *“La moral tributaria no exige que las leyes tributarias respondan a una tradición, sino que estén de acuerdo con la Constitución vigente y con los principios éticos presentes en los derechos fundamentales constitucionalizados. El legislador actúa de modo inmoral cuando de modo doloso o culposo dicta leyes inconstitucionales o cuando no deroga o modifica aquellas leyes que de modo fundado todos*

É preciso ampliar o foco da doutrina e dar exemplos de uma nova postura estatal, longe ainda de ser o ideal, mas com certeza, com contornos bem diferentes de alguns poucos anos atrás.³

O simples ato de conhecer o Estado já é um grande passo. Só se critica aquilo que se conhece. Contudo, estas críticas não podem permanecer na retórica ou em discursos vazios que se limitam a criticar a elevada carga tributária brasileira.

A carga tributária alta é um fato conhecido por todos e sentido no bolso dos brasileiros. A solução não está meramente em levantar a bandeira de redução da carga tributária. É preciso mais do que isto. É preciso controlar e reduzir os gastos públicos e a impedir a aplicação indevida dos recursos.

2. A ERA DA RESPONSABILIDADE FISCAL

Ampliação de foco é o que se exige neste momento. Fala-se hoje depois de quarenta anos do Código Tributário Nacional e somente depois de seis anos da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou seja, o tema contemporâneo é mesmo a questão da gestão eficiente.

O foco da análise tem que sair exclusivamente dos tributos e abordar toda a atividade financeira estatal, incluindo nas respectivas análises as despesas no contexto do orçamento público. Só assim se tem uma visão ampla e séria da estrutura fiscal do país.

Chega de retórica. Novos paradigmas devem ser traçadas neste novo milênio, por uma sociedade que tem o dever de conhecer a estrutura estatal⁴,

consideran inconstitucionales. (...) Puesto que no es suficiente que las autoridades financieras asuman las declaraciones tributarias sin control alguno, sino que sus datos deben comprobarse, el legislador debe atribuir a las autoridades financieras los instrumentos procedimentales que permitan una comprobación eficiente.” (Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes. Tradução de Pedro M. Herrera Molina. Madri: Marcial Pons, 2002, p.89-90).

³ Esta nova geração tem uma grande responsabilidade em mostrar uma postura, conforme anseia a sociedade. Espera-se que o futuro solicitado por Ives Gandra a seguir citado já tenha chegado, pelo menos em alguns setores da Administração Pública: “A ética no Direito e na Economia está bem delineada no Texto Constitucional brasileiro. Tem retirado do direito natural e inserido como direito positivo, na ordem vigente. Lamentavelmente, o governo brasileiro em suas 3 esferas de atuação, e nas 5.500 entidades federativas, não tem respeitado a Constituição, nem os princípios éticos que a conformam, ao servir a sociedade, sendo grande parte da crise brasileira decorrente desta atuação aética e “pro domo sua”, que influenciou políticos e burocratas na administração do país, nos últimos 10 anos. Que o futuro ofereça melhores quadros de servidores, administradores com maior senso de responsabilidade e espírito público, e que estejam, governo e povo, dispostos a construir, eticamente, o futuro do país.” (MARTINS, Ives Gandra da. A ética no direito e na economia. p. 136. In: *Tributos e direitos fundamentais*. Coordenado por Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética, 2004, p. 125-136).

⁴ Já falamos nestes termos na obra *Filosofia e Constituição: “Basta de justificar os crimes fiscais como meros problemas econômicos. São questões éticas, ou melhor, antiéticas. Diante deste contexto caótico, quando o Estado vive uma de suas piores crises de identidade moral, agravada*

Hoje os dados estão todos disponíveis via *on line*.

A era da tecnologia desvenda a maioria das informações necessárias para serem refletidas, criticadas e alteradas quando necessário. Ou seja, o papel social efetivo é exigido de todos os cidadãos, não cabendo mais o discurso vazio da mera agressão ao Estado.

O Estado hoje tem que ser visto em seus novos parâmetros⁵ e esta transparência, consequência da revolução tecnológica, que se aprimora neste século XXI altera profundamente a relação entre o Estado e o cidadão-contribuinte.

Não cabe mais a figura do Estado arbitrário e opressor nem da sociedade inerte e conformista. O momento é do Estado transparente e sociedade cooperativa e alerta. Exigem-se instituições abertas, eficientes, com normas claras, objetivas e justas.

Toda a confusão doutrinária que se insere hoje é exatamente porque esta exigência contemporânea se instaurou concomitantemente a uma estrutura ainda arcaica e com integrantes de uma geração sofrida e descrente no papel do Estado.

Discursos que ainda hoje são polêmicos, tais como sigilos bancário e fiscal, processos virtuais, auditorias computadorizadas, citações eletrônicas, penhora *on line*, dentre outros, muito em breve serão ultrapassados quando esta geração que nasce totalmente adaptada ao mundo virtual superará tais polêmicas.

pelo descrédito das instituições públicas, cresce a responsabilidade da sociedade em buscar meios para atenuar a tensão que predomina entre as regras e os princípios que norteiam nosso sistema jurídico. Com a debilidade da moralidade pública, fica difícil estabelecer parâmetros éticos para as diversas condutas sociais. A falta de confiança nos dirigentes de uma Nação põe em risco, dentre outros princípios, a da segurança jurídica. A sociedade não pode mais ficar assistindo tais acontecimentos como se fossem um capítulo de novela, de forma descompromissada, deixando passar tantas oportunidades de agir (*interagir*). Devemos participar ativamente da gestão pública, exigindo publicidade das normas e dos atos do Poder Público, afinal, todos os *espaços públicos* devem ser transparentes. A opinião pública tem que se acostumar a interferir continuamente na gestão político-administrativa. Na ética contemporânea, a doutrina deve enfatizar mais Platão do que textos técnicos. Basear suas conclusões em princípios, preocupando-se mais com a moral do que tão somente com as normas. (CAVALCANTE, Denise Lucena. Direito, moral e ética fiscal – *Estudos em homenagem a Raimundo Bezerra Falcão*. Organizado por Dimas Macedo. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 35).

⁵ Alain Touraine fala com precisão sobre os novos tempos: “Hoje, dois séculos após o triunfo da economia sobre a política, estas categorias “sociais” tornaram-se confusas e deixam na sombra uma grande parte de nossa experiência vivida. Precisamos, portanto, de um novo paradigma, pois não podemos voltar ao paradigma político, sobretudo porque os problemas culturais adquiriram tal importância que o pensamento social deve organizar-se ao redor deles. É dentro deste novo paradigma que precisamos situar-nos para sermos capazes de nomear os novos atores e os novos conflitos, as representações do eu e das coletividades que são descobertas por um novo olhar, que põe em diante de nossos olhos uma nova paisagem. A procura do lugar central desta nova paisagem nos leva imediatamente ao tema da informação, que designa uma revolução tecnológica cujos efeitos sociais e culturais são visíveis por toda a parte. (TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma – para compreender o mundo de hoje*. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, p. 9),

As críticas genéricas e vazias sobre a atuação arbitrária do Poder Executivo em todas as esferas (municipal, estatal e federal) devem ser superadas. O Estado contemporâneo exige uma crítica fundamentada e pontual, de forma a corrigir os erros e omissões, com o intuito de construir uma estrutura fiscal melhor.

A ética que se requer dos agentes públicos e da sociedade é de operadores conscientes de seu papel, todos na devida observância do sistema e das normas que o regem.

Portanto, não se trata mais de impedir a evolução e aprimoramento da legislação tributária no sentido de dar mais eficiência a atuação estatal, mas, sim, de exigir que os atos administrativos sejam regidos estritamente pelo devido processo legal administrativo.

Esta é a administração competente e transparente que se espera. E se na sua atuação estiver sendo diferente ou arbitrária deve ser denunciada de imediato e corrigidos os equívocos.

Chega de afirmações vagas de que o *Estado é o mesmo*; ou que *os agentes estatais são ineficientes*; ou que *a sociedade não cumpre seus deveres*; ou de que *a culpa é do governo*; ou *das empresas*; ou, ou, ou... Tais afirmações são genéricas e vagas; em total descompasso com uma sociedade séria e preocupada com o destino de seu país.

Estes devem ser os novos paradigmas que alterarão substancialmente a compreensão do sistema financeiro brasileiro, reafirmando a compreensão de que o sistema deve ser enfocado como um todo e não somente com a idéia restrita da relação tributária e do próprio tributo.

Deve-se agora enfatizar o surgimento da Lei de Responsabilidade Fiscal que inova com a questão da gestão fiscal responsável, estabelecendo um *código de conduta gerencial a ser observado na condução da coisa pública*.⁶

E é esta mudança de foco que é exigida aos operadores do direito, ampliando a compreensão do sistema fiscal e chamando toda a sociedade para cumprir seu papel na fiscalização e controle do dinheiro público. O cidadão-contribuinte além de pagar seus tributos deve acompanhar com rigor o destino que se dá a eles.

⁶ Assim afirma Carlos Valder do Nascimento: “Versa a ementa da lei de responsabilidade fiscal sobre normas de finanças públicas, tendo como alvo primordial a austeridade nas contas das três esferas de governo. (...) A referida lei tem por escopo sedimentar o regime de gestão fiscal responsável, mediante a implementação de mecanismos legais que deverão nortear os rumos da Administração Pública. Constitui, pois, um código de conduta gerencial a ser observado, doravante, na condução da coisa pública. Traça limites, estabelece controle e oferece elementos balizadores acerca dos gastos públicos, bem como sobre o fluxo de recursos financeiros necessários a sua realização.” (NASCIMENTO, Carlos Valder e, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11).

3. O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

O orçamento público é peça fundamental no aprimoramento do Estado. A sociedade não pode mais se limitar a meramente repassar os recursos para o Fisco, ela objetiva muito mais: requer o controle dos gastos efetuados com o dinheiro público.⁷

Aceitar a função social do tributo e o destino de sua arrecadação já é definir de antemão que a destinação dos tributos deve atender aos interesses sociais.

Analisar este tema é mesmo envolver-se nos problemas constitucionais do país e, particularmente, na democracia, invocando necessariamente o orçamento participativo, que não pode mais ser tratado como mera discussão acadêmica.

É preciso mais do que nunca uma sociedade atenta e zelosa pelo gasto do dinheiro público. Deve-se despertar do sono dogmático que tem impedido a sociedade brasileira de agir.

Percebe-se, ainda, uma letargia coletiva que tem inviabilizado o avanço

⁷ Fernando Facury Scaff bem destaca a necessidade de observância do orçamento público: “No âmbito orçamentário, fundamental para que o Estado demonstre a origem das receitas (oriundas do seu patrimônio, de imposições fiscais e de empréstimos) e o destino das despesas e investimentos, foi estabelecido um sistema de planejamento constituído por um conjunto de 03 leis que se sucedem e se completam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos os Planos e Programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição deverão ser elaborados em consonância com o plano plurianual (art. 165, § 4º, CF), e a LDO deverá estar sempre em consonância com o PPA (art. 166, § 4º, CF). Estas normas possuem necessária e obrigatória pertinência com as normas-objeto traçadas no art. 3º, bem como com outras espreaiadas no texto constitucional. Por outras palavras, não há total e completa Liberdade (de conformação) do Legislador para incluir neste sistema de planejamento o que bem entender. O legislador, e muito menos o administrador, não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem. Existem vários tipos de limites a esta Liberdade do Legislador para utilizar os recursos públicos. Ela é conformada pela Supremacia da Constituição. Existem limitações no âmbito da receita, pois não se permite a retirada de recursos da sociedade sem respeito a normas constitucionais que se traduzem nos direitos de 1ª dimensão vinculados ao direito tributário, tais como o Princípio da Reserva Legal, o da Anterioridade, o da Irretroatividade Tributária, entre vários outros. Existem também limitações no âmbito da despesa, impedindo que o gasto público aconteça ao bel prazer dos legisladores. Estes limites podem ser formais, tais como o Princípio da Não-Afetação (que estabelece algumas vinculações de receitas e despesas; art. 167, IV, CF), limitações ao gasto com pessoal (art. 169, CF), obrigatoriedade de gastos com educação (art. 212, CF) e com saúde (art. 198, §§ 2º e 3º, CF) entre outros. Ocorre que as limitações aos gastos públicos também podem ser materiais, pois o uso de recursos públicos deve se dar de forma a permitir que os objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição sejam alcançados. Para tanto é imprescindível que sejam realizados gastos públicos em direitos fundamentais sociais, a fim de permitir que as pessoas possam exercer sua liberdade jurídica obtendo condições de exercer sua liberdade real (Alexy). Logo, os gastos públicos não permitem que o legislador, e muito menos o administrador, realizem gastos de acordo com suas livres consciências, de forma desvinculadas aos objetivos impostos pela Carta, especialmente em seu art. 3º.” (SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: *Princípios de direito financeiro e tributário – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Organizado por Adilson Rodrigues Pires e Heleno Taveira Torres. Rio de Janeiro: Renovar, p. 113-131, 2006, p. 124-125).

social deixando a sociedade inerte e silenciosa ante aos inúmeros escândalos e a má gestão da coisa pública. Tem-se que conclamar a sociedade brasileira e os órgãos de controle deste País a agir.

A questão do controle e aplicação do dinheiro público é preocupação de muitos países e há muito tempo. Este não é problema somente do Brasil. Há mais de 100 anos Paul Laband em sua obra clássica sobre o *Direito orçamentário* (1871) já tratava da questão do orçamento público. Nos estudos preliminares desta obra histórica Álvaro Rodriguez Bereijo menciona que os problemas orçamentários não são primariamente problemas de Direito, mas, de poder, decorrente da influência exagerada da política na elaboração do orçamento público descaracterizando sua natureza e trazendo prejuízos sérios para a nação.⁸

4. A QUESTÃO DA SOLIDARIEDADE FISCAL

Como já foi mencionado, nos tempos atuais é necessário que se façam novas reflexões, mormente quando se trata da função estatal de arrecadar tributos e, paralelamente, da função estatal de gastar os recursos advindos da arrecadação tributária.

Atualmente o papel do Estado vem sendo muito questionado, principalmente em países como o Brasil que vem sofrendo uma forte crise ético-fiscal, com problemas sociais graves e com grande fragilidade institucional.

Sem dúvidas estamos vivencia-se um novo momento estatal onde a ordem econômica mundial ainda não se definiu e muito menos a sua configuração neste contexto do século XXI.

É neste conturbado cenário que surgem os tributos com a feição social, em nome da chamada solidariedade fiscal.

Alguns autores vem buscando uma delimitação para o tema, sendo de difícil definição, principalmente quando o Estado tem severo *déficit* social, sendo inviável pensar em novos tributos e muito menos aumentar os atuais, mesmo sob a bandeira da solidariedade. Solidariedade esta que pode estar prevista na

⁸ “La pugna, que en otros se había resuelto a favor de la representación nacional, se decantó en Alemania del lado de la Corona. El conflicto prusiano vino a poner de manifiesto que, como decía Lassalle, “los problemas constitucionales no son primariamente problemas de Derecho, sino de poder”: y si la representación popular rechaza el Presupuesto, el Gobierno está autorizado a prescindir de él y a recaudar los impuestos y gestionar los gastos públicos bajo su responsabilidad. La obra de Laband ‘Das Budgetrecht’ que hoy nos cabe la satisfacción de presentar al lector, escrita unos años más tarde, en 1871, intentará justificar en Derecho la solución que había prevalecido de hecho en el conflicto constitucional prusiano de 1861-1866. Una frase de ‘Alice en el País de la Maravillas’, el delicioso librito de Lewis Carroll, viene como anillo al dedo para, a modo de colofón, resumir lo que para el Presupuesto y en general para el Derecho significó el conflicto prusiano: ‘la cuestión es saber quién es le que manda... eso es todo.’ (BEREIJÓ, Álvaro Rodríguez. Estudio preliminar del *Derecho presupuestario*. LABAND, Paul. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. XXXVII).

lei e nos relatórios das receitas públicas (entradas), mas não nas estatísticas das despesas públicas.

Foi-se a época quando a preocupação da sociedade restringia-se meramente as limitações ao poder de tributar, hoje é preciso ir além e controlar com rigor os gastos públicos.

O destino da arrecadação tributária deve ser bem claro e devidamente controlado por todos.

O interesse na presente abordagem depende da resposta à pergunta: há relevância jurídica para o cidadão o destino das arrecadações fiscais do Estado?⁹

No atual contexto o tributo vai além do preço da liberdade passando o tributo a representar o *preço social*¹⁰ ou mesmo o *preço da cidadania*.¹¹

O cidadão-contribuinte tem que ficar atento ao destino do dinheiro público exigindo uma gestão responsável.

A baixa eficiência dos serviços gerados pelo Estado tem agravado ainda mais a insatisfação fiscal do povo brasileiro, que a cada dia tem menos ânimo para pagar seus tributos.

Aliás, este tema da insatisfação fiscal é também discutido em outros países que também tem serviços públicos não compatíveis com as exigências coletivas. Na Itália, por exemplo, Cláudio Sacchetto comenta que seu país, dentre os europeus, é o que registra o maior índice de insatisfação fiscal, sendo esta aversão consequência de como é gerido o bem e os recursos comuns.¹²

⁹ Assim questiona Klaus Tipke e depois comenta em sua obra *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes* (Tradução de Pedro M. Herrera Molina, Madri: Marcial Pons, 2002, p.105-106): *IV. EL DERROCHE DE LA RECAUDACIÓN TRIBUTARIA COMO CARENCIA DE MORAL DEL ESTADO. ¿Tiene relevancia jurídica para el ciudadano, el destino que otorguen a los recursos fiscales el Estado y los municipios? (...) Ahora bien, ¿qué sucede cuando la imparcialidad en el gasto se convierte en desvergüenza; en un desvergonzado derroche de la recaudación tributaria? En la realidad, el Parlamento había pasado de ser un freno, a actuar durante decenios como un motor del gasto. La Federación de Contribuyentes tenía constantes motivos para denunciar públicamente el derroche de la recaudación tributaria por los políticos y las Administraciones públicas. Desde 1974 esta institución publica anualmente un Libro negro del derroche público. En él se mencionan planes, inversiones y adquisiciones fallidas **proyectos sin sentido**, construcciones públicas excesivamente caras y prisiones de lujo, ayudas públicas a los partidos político, tendencias a la hipertrofia administrativa, subvenciones innecesarias o inadecuadas, casos de mala gestión y **desidia financiera.** "*

¹⁰ Ricardo Lobo Torres mencionava que o tributo era o preço da liberdade: "O tributo é o preço pago pela liberdade, eis que o indivíduo se distancia do Estado na medida em que a prestação fiscal substitui os deveres pessoais e alivia as proibições jurídicas." (*A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 37*).

¹¹ "Sigue siendo cierto lo que afirmara Robert Wagner, antiguo alcalde de Nueva York: «los impuestos son el precio de la civilización. No existen en la selva.»" (*Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes. Tradução de Pedro M. Herrera Molina. Madri: Marcial Pons, 2002, p.57*).

¹² "Discutem-se direitos e deveres tributários sem haver clareza sobre os juízos de valor com base nos quais se torna necessário e, ao mesmo tempo útil, pagar tributos. O tema da solidariedade é fundamental porque leva a perguntar porque se pagam tributos, porque deve existir uma lealdade fiscal. A Itália é dentre os países aquele que registra o maior índice de insatisfação fiscal – que

A Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 3º objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E define no art. 6º, os Direitos Sociais: *a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.* Como custear tais atividades? A arrecadação tributária responde (ou deveria responder) esta questão.

Percebe-se, pois, que a arrecadação tributária justifica-se na medida em que o Estado utilize os recursos dela proveniente na busca de alcançar o previsto constitucionalmente, bem como, a realização efetiva das garantias e direitos sociais, prioridades no Estado Democrático de Direito.

Contudo, não é necessário aqui discorrer sobre a escassez destes serviços no Estado brasileiro.

5. CONCLUSÃO

Constata-se que um dos principais problemas da gestão governamental é exatamente em relação aos gastos públicos. Nada adianta buscar um sistema tributário eficiente e econômico se os gastos do governo não atendem as necessidades coletivas. Se a finalidade do Estado é promover o bem estar social, tal qual está exposto na própria Constituição Federal, é imprescindível que o dinheiro público seja muito bem empregado e devidamente aplicado de acordo com o orçamento elaborado.

O orçamento público¹³ deve ser um importante instrumento de controle,

existe nos países europeus -, mas os níveis italianos de rejeição estão quase totalmente fora da normalidade. Isto porque consolidou-se no tempo tal aversão, como aversão ao modo pelo qual é gerido o bem comum e os recursos comuns. É um fato cultural, histórico, desconfiar do Estado e ver a arrecadação dos impostos como “subtração”, ao invés de contribuição a um Erário comum. É também verdade que isto se explica em razão da gestão de uma administração fiscal obscura e com baixa eficiência dos serviços, muitas vezes corrupta, uma iníqua distribuição da carga tributária entre as categorias sociais e entre categorias de rendimento, uma escassa e decadente prestação de serviços. Mas tudo isto não atinge a validade do conceito de *jus publicum*. Pessoalmente, ao invés, estou convencido de que não é a idéia de público, mas o modo como é gerida a dimensão da vida pública que hoje está em crise.” (SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In *Solidariedade social e tributação*. GRECO, Marco Aurélio e, GODOI, Marciano Seabra de. (Coord.). São Paulo: Dialética, 2005, p. 11).

¹³ “O orçamento público é o instrumento por meio do qual o governo estima as receitas que irá arrecadar e fixa os gastos que espera realizar durante o ano. Trata-se de uma peça de planejamento, no qual as políticas públicas setoriais são analisadas, ordenadas segundo sua prioridade e selecionadas para integrar o plano de ação do governo, nos limites do montante de recursos passíveis de serem mobilizados para financiar tais gastos.” (Cartilha do orçamento. Disponível em: www.senado.gov.br/sf/orcamento. Acesso em 28.12.2006.

pois é nele que se estabelecem as prioridades do governo e, principalmente, por ser aprovado pelo Poder Legislativo, garante certo controle sobre o que se pretende gastar.

Contudo, independente das técnicas utilizadas, se não houver um efetivo controle social, tanto o Poder Executivo como o Poder Legislativo poderão considerar meramente os aspectos políticos dos gastos públicos, prejudicando a verdadeira finalidade das despesas públicas, como vem acontecendo historicamente.

Desde meados do século passado Aliomar Baleeiro já alertava para estas questões, invocando a aplicação do princípio da “máxima vantagem social” que deveria inspirar os governantes a utilizar os tributos de forma a gerar maiores proveitos para a coletividade.¹⁴

Sabe-se que a falha estatal crônica na aplicação das verbas públicas e não observância dos princípios constitucionais no sentido de minimizar a gravíssima e acentuada desigualdade social que vigora no Estado Brasileiro tem sido motivo suficiente para se questionar a *função social do tributo*.

É notória a distância da previsão da destinação legal do tributo em relação à destinação real.

Daí porque se insiste aqui na idéia de que a responsabilidade social não se limita ao pagamento dos tributos, mas, deve ir bem mais além, enfocando a gestão responsável do dinheiro público.¹⁵

¹⁴ “O princípio da máxima vantagem social constitui uma das regras racionais em que geralmente se inspiram, ou se devem inspirar os governantes. Mas nem sempre isso ocorre nas decisões dos órgãos de governo. Vários fatos provam que, às vezes, as deliberações são irracionais. Em todos os tempos e lugares, a escolha do objetivo da despesa envolve um ato político, que também se funda em critérios políticos, isto é, nas idéias, convicções, aspirações e interesses revelados no estrechoque dos grupos detentores do poder. Tanto mais lúcidos, cultos e moralizados sejam os governantes quanto mais probabilidades existem de que se realize aquele cálculo da máxima vantagem social. Isso põe em contraste o aspecto político e o aspecto técnico da despesa pública. A despesa pública deve ser encarada sob esse duplo aspecto. À luz do primeiro, o político delibera o que deve ser objeto da despesa pública, isto é, que necessidades humanas de caráter coletivo devem ser satisfeitas pelo processo do serviço público. Assentada a deliberação nesse ponto preliminar, cumpre investigar o aspecto técnico: como obter o máximo de eficiência e de conveniência social com o mínimo de sacrifício pecuniário correspondente. Ou como desse sacrifício se poderá esperar o maior rendimento de proveitos para a comunidade politicamente organizada. É a tarefa dos técnicos. Determinar quais as necessidades de um grupo social a serem satisfeitas por meio do serviço público, e, portanto, pelo processo da despesa pública, ressalvada a hipótese de concessão, constitui missão dos órgãos políticos e questão essencialmente político.” (*Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. (1. ed. 1955). Forense: Rio de Janeiro, 1977, p. 77-79).

¹⁵ Neste sentido destaque Djalma Pinto: “Juristas e cidadãos, de um modo geral, nenhuma importância dão as ações subsequentes a arrecadação tributária. Essa indiferença, porém, acaba sendo a razão determinante para a elevação da carga tributária. A corrupção que consome, segundo dados divulgados no final de 2006, três bilhões e meio de reais por ano, é fruto da absoluta indiferença de contribuintes, estudiosos do Direito e da sociedade em geral para com os valores que são recolhidos aos cofres do Estado a título de tributo. (...) A transparência na aplicação do dinheiro público, é um requisito essencial em qualquer república. A sua efetivação se

Os programas que hoje vem se instituindo no País, denominados de várias formas, dando como exemplo: Programa de Cidadania Fiscal do Governo Federal; Programa Solidariedade do Governo do Rio Grande do Sul; o PNED – Programa Nacional de Educação Fiscal do governo do Acre, enfim, todos essencialmente com a mesma finalidade, qual seja, a conscientização coletiva sobre a necessidade de pagar tributos, não terão êxito se não agregarem a eles a motivação social em controlar os gastos públicos.

O ânimo de pagar imposto não prevalece diante de um Estado ineficiente. A época atual exige outros paradigmas. O dever de pagar tributos já é uma conformação social, o problema agora é despertar a sociedade para o seu direito de participar na programação dos gastos públicos.

A modernidade exige posição como a gestão responsável, buscando uma correta previsão dos gastos e o devido controle social dos mesmos.

Conclui-se, pois, que o atual contexto exige a ampliação do conceito de cidadania fiscal para a consciência da responsabilidade fiscal; tema a ser ainda muito discutido no Brasil.

6. REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1977.

CAPUTI, Maria Claudia. *La ética pública*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Direito, moral e ética fiscal. In: *Estudos em homenagem a Raimundo Bezerra Falcão*. Organizado por Dimas Macedo. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 15-37.

GIANOLA, Giovani. *Il mito della giustizia fiscale – dall'uguaglianza al bisogno*. Milão: Il sole 24 ore. 1994.

LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Tradução e estudos preliminares de Álvaro Rodríguez Bereijo. Madri: Instituto de estudios fiscales, 1979.

MARTINS, Ives Gandra da. A ética no direito e na economia. In: *Tributos e direitos fundamentais*. Coordenado por Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética, 2004, p. 125-136.

dá através da colocação de mecanismos à disposição do povo, titular do poder, para constatação da aplicação idônea dos valores arrecadados através da tributação. O direito não pode ficar indiferente à realidade dos fatos vivenciados no ambiente em que tem ele vigência. Se os cidadãos sabem, com base em dados efetivamente comprovados que parte expressiva das verbas por eles recolhidas são criminosamente desviadas por gestores sem escrúpulos, não podem aceitar passivamente a diretriz consagrada de absoluta indiferença do Direito Tributário à destinação dos tributos por ele pagos." *A destinação do tributo e a prosperidade (ou empobrecimento) do Estado*. Texto inédito, p. 4-5).

NASCIMENTO, Carlos Valder e, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: *Solidariedade social e tributação*. Coordenado por Marco Aurélio Greco e, Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2005, p. 9 - 52.

PINTO, Djalma. *A destinação do tributo e a prosperidade (ou empobrecimento) do Estado*. Livro no prelo, p. 4-5.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: *Princípios de direito financeiro e tributário – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Organizado por Adílson Rodrigues Pires e Heleno Taveira Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 113-131.

TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Tradução de Pedro M. Herrera Molina. Madri: Marcial Pons, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma – para compreender o mundo de hoje*. Tradução de Gentil Avelino Titton. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.



SEGURANÇA JURÍDICA E A QUESTÃO DA HIERARQUIA DA LEI COMPLEMENTAR

*Hugo de Brito Machado**

RESUMO

No presente artigo objetiva-se defender a definição da identidade da lei complementar, com base no processo da sua elaboração e não na matéria compreendida, critério que irá conferir uma maior segurança jurídica ao nosso ordenamento.

Palavras-chave

Segurança jurídica. Lei complementar. Hierarquização normativa

ABSTRACT

This article aims at defending the identity of complementary law based in its elaboration process rather than the subject contained in it, with the conviction that this criteria will reinforce the juridical security of our system.

Key-words

Legal security. Complementary Law. Legal hierarchy

1. INTRODUÇÃO

Tem sido questionada a existência de superioridade hierárquica da lei complementar relativamente à lei ordinária. Entre as correntes doutrinárias que se formaram no trato do assunto destaca-se a daqueles que sustentam não se tratar propriamente de uma questão de hierarquia de normas, mas de reserva de competência. Como a Constituição Federal estabelece que certas matérias devem ser tratadas por lei complementar, delas não se poderia ocupar a lei ordinária. Assim, uma lei ordinária que tratasse de matéria reservada à lei complementar seria inconstitucional por invasão da competência do legislador complementar. Por outro lado, a lei complementar que tratasse de matéria a ela não reservada seria simplesmente uma lei ordinária.

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

Não obstante fundada em argumentos consistentes, e tendo em seu apoio manifestações de tributaristas os mais respeitáveis do País, essa corrente de pensamento doutrinário incrementa significativamente a insegurança jurídica e por isto mesmo a nosso ver, sem prejuízo de outros questionamentos que pode suscitar, deve ser objeto da nossa reflexão, posto que a segurança jurídica é indiscutivelmente um dos valores fundamentais da humanidade, que ao Direito cabe preservar.

A verdadeira questão que se coloca em torno da lei complementar diz respeito à identidade dessa espécie normativa, e não propriamente a sua posição hierárquica em nosso ordenamento jurídico. É praticamente pacífico o entendimento segundo o qual em nosso ordenamento jurídico a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária. A questão está em saber o que é uma lei complementar, posto que para significativa corrente doutrinária só é lei complementar aquela que trata de matérias pela Constituição reservadas a essa espécie normativa.

A nosso ver a identidade específica da lei complementar não deve ser buscada na matéria de que a mesma se ocupa, mas no procedimento adotado para a sua elaboração. Além da Constituição Federal, o regimento do Congresso Nacional alberga normas disciplinando o procedimento para discussão e votação das leis, com regras específicas cuja aplicação caracteriza a espécie legislativa como lei complementar.

Mais importante, porém, é que essa opção interpretativa contribui valiosamente para a preservação da segurança jurídica. Porque assim nos parece é que vamos neste pequeno estudo procurar demonstrar que a qualificação das espécies normativas, entre as quais a lei complementar, tendo em vista seus elementos formais, além de estar consagrada em nosso direito positivo, realiza mais adequadamente a segurança jurídica.

2. SEGURANÇA JURÍDICA

2.1. Importância como valor a ser preservado pelo Direito

A vida e o espírito postulam um direito justo, mas pedem também, e antes de tudo, segurança, e portanto um direito certo, ainda que menos justo.

A certeza do direito, sem a qual não pode haver uma regular previsibilidade das decisões dos tribunais, é na verdade condição evidente e indispensável para que cada um possa ajuizar das conseqüências de seus actos, saber quais os bens que a ordem jurídica lhe garante, traçar e executar os seus planos de futuro.¹

A segurança é um dos valores fundamentais da humanidade, que ao Direito cabe preservar. Ao lado do valor justiça, tem sido referida como os

¹ ANDRADE, Manuel A. Domingos de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 54

únicos elementos que, no Direito, escapam à relatividade no tempo e no espaço. “Podemos resumir o nosso pensamento” - assevera Radbruch – “dizendo que os elementos universalmente válidos da idéia de direito são só a justiça e a segurança.”² Daí se pode concluir que o prestar-se como instrumento para preservar a justiça, e a segurança, é algo essencial para o Direito. Em outras palavras, sistema normativo que não tende a preservar a justiça, nem a segurança, efetivamente não é Direito.³

Digna de registro é a lição que nos oferecem Diogo Leite de Campos e Mônica Horta Neves Leite de Campos, relativamente ao Direito português:

Existe uma ordem no direito Fiscal português? As normas de Direito Fiscal podem ser entendidas em termos de sistema, orientado por princípios de justiça, organizadas por níveis de generalidade ou imperatividade, harmônicas, não contraditórias?

Basta contemplar as constantes alterações a que estão sujeitas as leis fiscais, mesmo as mais recentes e as de presumida maior valia técnica, para se pôr imediatamente em dúvida qualquer sentido de ordem, e se começar a suspeitar que as normas tributárias nada mais serão de que um “agregado” informe, unidas só pela vontade “imperiosa” do legislador. Agregadas por força de múltiplos interesse e pressões, sobretudo pelo interesse do legislador em obter cada vez mais receitas – os fins justificando os meios. ... Tudo em prejuízo do interesse público, do governo do povo pelo povo, e para o povo, que está na base da democracia. E o povo, presumido autor das normas tributárias através dos seus representantes no parlamento, deixa de reconhecer os seus interesses nessas normas que surgem cada vez mais como um sorvedoiro insaciável de bens.

(...)

A primeira – talvez principal – vítima desta espiral é a segurança do Direito. Segurança que, ao lado da Justiça, constitui o pilar do Direito e da própria sociedade. Os agentes econômicos, famílias e empresas, vêem-se impossibilitados de fazer previsões; uma sociedade que se constitui para prosseguir um certo objecto, tem de se extinguir por uma alteração inopinada do Direito Fiscal tornar inviável a prossecução dessa finalidade; leis retroactivas vêm pôr em causa as mais estáveis economias domésticas ou empresariais; etc.

O legislador fiscal parece incapaz de prever para mais do que um ano civil; mesmo diplomas baptizados pomposamente com o nome de “código”, passados poucos exercícios estão descaracterizados.

² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. T. do Prof. L. Cabral de Moncada, 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 162

³ MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2004, p. 123

A ponto de o cidadão se perguntar se a culpa também não será da Doutrina que terá revelado dificuldade em estabelecer os princípios axiológicos e as técnicas que informam o Direito Fiscal.

Com efeito, o Direito Fiscal como ramo autónomo do Direito só tem vindo a consolidar-se, mesmo nos Estados mais avançados nesta matéria, desde os anos quarenta deste século. E, a partir daí, a doutrina pouco mais tem podido do que fazer emergir alguns critérios de justiça, muito genéricos, e algumas escassas regras técnicas, uns e outras olhados, frequentemente, com suma indiferença pelos legisladores e pelos tribunais.”⁴

No Brasil não é diferente. Temos enorme inflação legislativa e uma desordem absoluta nas normas às quais nos devemos submeter. Por isto mesmo a nosso ver o mais proveitoso dos esforços que o jurista pode e deve desenvolver na interpretação das leis – e não apenas das leis tributárias – deve orientar-se no sentido de preservar a segurança jurídica.

Segurança e justiça, portanto, são as únicas idéias universalmente válidas para o verdadeiro jurista. E uma não deve excluir a outra. "Sem ordem não há como fazer justiça, e sem justiça não há como manter a ordem." ⁵. Cuida-se, na verdade, de valores que se completam para viabilizar a convivência. Valores que se condicionam reciprocamente, como afirma Larenz:

*La paz jurídica y a justicia, los dos componentes principales de la idea del Derecho, están entre sí en una relación dialéctica, lo cual significa, por una parte, que se condicionan reciprocamente. A la larga la paz jurídica no está asegurada, se el ordenamiento que subyace a ella es injusto y se siente como tal cada vez más. Donde la paz jurídica falta, donde cada uno trata de realizar su (supuesto) derecho con sus puños o domina la guerra civil, desaparece la justicia. Triunfa el llamado "derecho del más fuerte", que es lo contrario de un orden justo.*⁶

A segurança jurídica se mostra da maior importância no presente estudo especialmente porque a opção por uma das teses a respeito da identidade específica da lei complementar implica prestigiar ou desconsiderar esse valor. Na verdade a tese que aponta essa identidade a partir dos elementos formais prestigia, enquanto a tese que exige, para completar essa identidade, o elemento de conteúdo, desconsidera a segurança jurídica.

2.2. Segurança jurídica e identidade da lei complementar

Temos sustentado, já faz algum tempo, que a doutrina segundo a qual a

⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. *Direito Tributário*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 9-10.

⁵ VASCONCELOS, Arnaldo Vasconcelos. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 11.

⁶ LARENZ, Karl. *Derecho Justo – fundamentos de ética jurídica*. trad. de Luis Díez-Pecazo. Madri: Civitas, p. 51.

identidade da lei complementar se perfaz com o elemento material, não realiza o valor segurança.⁷ Conhecemos, porém, objeções ao nosso ponto de vista. Ivani Silva da Luz, ilustrada Juíza Federal da 20ª Vara de Minas Gerais, a ele se referiu para divergir, asseverando:

Penso, ao contrário do que afirma aquele eminente tributarista, que a tese por ele defendida não homenageia o princípio da segurança jurídica, pois não cabe ao legislador ordinário escolher as matérias que elevará à categoria de lei complementar, porque importaria em alterar a vontade do legislador constituinte, bastando anotar que matéria de lei complementar é indelegável (CF, 68, § 1º)

E mais do que isso, o legislador ordinário poderia chegar ao extremo de só editar lei complementar, tornando a lei ordinária figura decorativa.⁸

Na verdade atribuímos ao legislador a tarefa de escolher as matérias que elevará à categoria de lei complementar é bem mais seguro do que deixar a todos os intérpretes da Constituição a tarefa de definir o âmbito das matérias reservadas a essa espécie normativa. E o risco de que o legislador passe a editar somente leis complementares é o mesmo de passar este a editar somente emendas constitucionais. E nem por isto se vai sustentar que as emendas constitucionais não podem colocar no âmbito da Constituição normas antes tratadas por leis ordinárias, ou até por simples portarias, como se tem visto em recentes emendas que cuidam de matéria tributária.

Talvez por deficiência de nossa exposição não logamos convencer de que a tese segundo a qual a identidade da lei complementar exige o concurso do elemento material é nociva à segurança jurídica, que é preservada, isto sim, pela tese que defendemos, segundo a qual a identidade da lei complementar se perfaz à luz do elemento formal, tal como acontece, aliás, com as espécies normativas em geral.

Daí porque, convencidos de que devemos defender a segurança jurídica, empreendemos esta nova tentativa de demonstrar que a tese contra a qual nos colocamos realmente presta serviços à insegurança.

2.2. A insegurança decorrente da identificação pelo elemento material

2.2.1. Matérias reservadas à lei complementar

A Constituição Federal em diversos dos seus dispositivos formula reserva de matérias à lei complementar. Além dos exemplos por nós já citados neste

⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Posição hierárquica da lei complementar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 14, São Paulo: Dialética, novembro de 1996, p. 19.

⁸ LUZ, Ivani Silva da. Lei complementar e lei ordinária. *Correio Brasiliense, Direito & Justiça*, dia 12/07/99, p. 4.

estudo (Item 2.1.2.), temos diversos outros dispositivos indicando matéria da denominada reserva de lei complementar. Para facilitar nossa exposição vamos nos referir apenas a alguns deles, que tratam de matéria tributária. Aqueles cuja análise, mesmo superficial, nos parece suficiente para demonstrarmos a enorme insegurança criada pela atribuição, a todos os intérpretes da Constituição, da tarefa de delimitar as matérias reservadas a essa importante espécie normativa.

Vejamos:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I, e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

O exame dessas normas do art. 146 já nos demonstra que se o intérprete da Constituição atribuir a algumas das palavras e expressões nelas contidas um significado amplo, inteiramente possível em face da Teoria do Direito Tributário de todos conhecida, chegaremos à conclusão de que praticamente todo o Direito Tributário deve ser composto por leis complementares.

O que devemos entender por normas gerais sobre legislação tributária ? Essa questão já pode ser suficiente para que se estabeleça um interminável debate em torno da delimitação do campo das leis complementares em matéria tributária.

Teríamos de admitir que os fatos geradores e as bases de cálculo de todos os impostos devem ser descritos em lei complementar?

Teríamos de admitir também que todos os prazos de prescrição em matéria tributária devem ser fixados pela lei complementar?

Como se não bastasse, estabelece, ainda, a Constituição: Art. 146-A. A lei

complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Onde estará, neste caso, a fronteira entre a matéria reservada à lei complementar e aquela que pode ser tratada por lei ordinária? Se antes era extremamente problemática a fronteira das matérias reservadas à lei complementar, em face do art. 146-A, acima transcrito, tornou-se inteiramente impossível essa definição.

Na verdade neste caso não existe fronteira. Tudo nos leva a crer que a lei complementar será utilizada simplesmente para obrigar Estados e Municípios, mas tratará exatamente da mesma matéria que pode ser tratada, no que concerne aos tributos federais, por lei ordinária da União. E em sendo assim coloca-se a questão crucial: a lei complementar que estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, não será superior à lei ordinária da União que também o fizer? Com certeza ambas estarão tratando da mesmíssima matéria. Onde estará a diferença entre uma e a outra dessas espécies normativas?

2.2.2. Indefinição da identidade específica da lei complementar

A dificuldade, que é evidente em diversos dispositivos da Constituição Federal, de se definir os limites das matérias reservadas à lei complementar conduz, automaticamente, à dificuldade na definição da identidade específica dessa espécie normativa. E a impossibilidade, que se revela em seu art. 146-A, de se definir a matéria reservada à lei complementar, conduz à impossibilidade de definição dessa espécie normativa. Mas, para argumentar, vamos considerar que se trata apenas de dificuldade e não de impossibilidade.

Quando se afirma que a lei complementar é apenas aquela que trata das matérias reservadas pela Constituição a essa espécie normativa, retira-se do legislador a atribuição de interpretar com exclusividade as normas da Constituição que definem aquelas matérias, deixando-se essa atribuição com todos os intérpretes da Constituição. Em outras palavras, retira-se do legislador a atribuição de estabelecer a identidade específica das leis complementares, transferindo-se essa atribuição para a doutrina e para a jurisprudência, o que, por razões de todos conhecidas, instaura enorme insegurança, na medida em que deixa a critério de cada doutrinador e de cada juiz a atribuição de dizer se determinada lei aprovada como lei complementar é realmente dessa espécie normativa ou se é uma lei ordinária.

Bem melhor, portanto, para realizar o valor segurança, é admitirmos que o legislador decida o que deve ser tratado por lei complementar, em atenção aos dispositivos da constituição que estabelecem a reserva de certas matérias a essa espécie normativa.

Mesmo que o legislador, por qualquer razão, utilize a lei complementar para regular matérias que não se encontram no campo a essa espécie normativa reservado pela Constituição, isto só contribuirá para prestigiar o valor segurança, evitando-se que as normas sobre tais matérias venham a ser alteradas por eventuais maiorias parlamentares que podem aprovar uma lei ordinária embora não alcancem o quorum necessário para aprovação de lei complementar.

Como se vê, não há dúvida de que da identificação da lei complementar por critério formal resulta maior segurança jurídica. Além disto, voltando-se à análise do assunto no plano do Direito positivo, também não vê razão alguma para admitir que a identidade específica da lei complementar deva depender da matéria de que se ocupa, pois não existe na Constituição nenhum limite à utilização da lei complementar.

2.2.3. Oportunidade ao abuso de medidas provisórias

Com a nova redação dada ao art. 62 da Constituição Federal pela Emenda 32 já não há dúvida. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar.⁹ Antes, porém, o tema era polêmico. Chegamos a sustentar a possibilidade de medida provisória tratando de matéria reservada à lei complementar, sendo certo que em tal hipótese a conversão em lei dependeria do quorum qualificado e a resultante seria uma lei complementar. A doutrina, todavia, orientou-se em sentido contrário, invocando razões de segurança jurídica.

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, por exemplo, em texto que parece haver sido escrito antes da citada emenda constitucional, sustenta que

sendo a lei complementar diploma legislativo de maior densidade que a lei ordinária – nível hierárquico correto para medidas provisórias –, exigindo o constituinte quorum qualificado para sua aprovação, não seria crível admitir que matérias de tal relevância à Nação fossem deixadas ao juízo de urgência e relevância de um único cidadão, que poderia consolidar, a partir da edição da medida provisória, situações de fato e de direito cuja recondução ao estado original seria, no caso de sua não conversão em lei, de difícil ou mesmo impossível promoção.¹⁰

Desse excelente argumento podemos colher duas conclusões que fortalecem nossa tese a respeito da lei complementar. Primeira, a de que realmente a exigência do quorum qualificado confere maior densidade à lei complementar. Segunda, a de que se admitirmos que não tem a hierarquia de complementar aquela que, mesmo tendo sido como tal aprovada, trata de matéria não reservada a essa espécie normativa, estaremos admitindo a edição

⁹ Constituição Federal de 1988, art. 62, § 1º, inciso III, com redação dada pela EC nº 32, de 11.09.2001.

¹⁰ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Lei Complementar, em Curso de Direito Tributário*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 84.

de medidas provisórias para o trato de matérias cuja inclusão no âmbito da reserva de lei complementar possa ser questionada.

Em outras palavras, a tese segundo a qual somente será lei complementar aquela que tratar das matérias a essa espécie normativa expressamente reservadas pela Constituição amesquinha a segurança jurídica dando oportunidade ao abuso na edição de medidas provisórias para revogar ou alterar leis complementares, a pretexto de que os dispositivos revogados ou alterados tratam de matérias não reservadas à lei complementar. Como na maior parte dos casos é difícil senão impossível definir-se com precisão os limites das matérias reservadas à lei complementar, restará extremamente facilitada a burla à vedação estabelecida pelo art. 62, § 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Por apreço à segurança jurídica, portanto, é preferível admitirmos que o Congresso Nacional, ao elaborar uma lei, entende estar tratando de matéria como, por exemplo, conflitos de competências, ou limitações constitucionais ao poder de tributar, ou normas gerais em matéria de legislação tributária, e por isto opta pela forma de lei complementar e observa, em sua elaboração, as normas definidoras do procedimento próprio para a aprovação dessa espécie legislativa, sua opção deve ser respeitada, não se podendo questionar o conteúdo de cada um dos dispositivos da lei então aprovada com o propósito de demonstrar que não se trata de matéria reservada à lei complementar.

3. AUSÊNCIA DE LIMITES AO USO DE LEI COMPLEMENTAR

3.1. Enumeração de matérias

A rigor, não há na vigente Constituição qualquer norma, ou princípio, que expressa ou implicitamente autorize a conclusão de que a lei complementar somente pode cuidar das matérias a estas reservadas. É certo que existem normas, na Constituição, que tornam determinadas matérias privativas de lei complementar, o que é coisa rigorosamente diversa.

Realmente, a existência de um campo de reserva de lei complementar não quer dizer que não possa uma norma dessa espécie cuidar de outras matérias. Pode, sim, e deve, o legislador, adotar a forma de lei complementar para cuidar não apenas das matérias a este reservadas pelo constituinte, mas também de outras, às quais deseje imprimir maior estabilidade, ao colocá-las fora do alcance de maiorias ocasionais, ou até dos denominados acordos de lideranças.

Não se diga que a existência de dispositivos da Constituição, asseverando que a lei complementar cuidará de tal matéria, implica vedação ao trato de matéria diversa. Não implica. Basta ver-se que alguns dispositivos da constituição reportam-se a lei, sem qualificação, e isto não quer dizer que só a lei ordinária possa cuidar daquelas matérias.

Aliás, Mestre Paulo de Barros Carvalho o admite, asseverando:

Os assuntos que o constituinte reservou para o campo da lei complementar estão quase sempre expressos, inobstante possamos encontrar, em alguns passos, a simples alusão à lei, desacompanhada do qualificativo complementar. Em circunstâncias como essa, a bem empreendida análise do comando supremo apontará que a grandeza do tema somente pode ser objeto de lei complementar, visto que estão em pauta regulações diretas de preceitos da Lei Maior, que por outros estatutos não poderiam ser versados.¹¹

Em diversos de seus dispositivos a Constituição Federal faz referência à lei, sem indicar a qual das espécies de lei – se ordinária ou complementar – está se referindo. E nesses casos tanto pode estar se referindo à lei ordinária, como à lei complementar, o que evidencia a existência de um campo onde os assuntos tanto podem ser tratados por lei ordinária, como por lei complementar. Há quem sustente, é certo, que a referência constitucional à lei, sem indicação da espécie, é uma referência à lei ordinária. Essa tese, porém, é insustentável, bastando alguns exemplos para demonstrá-lo.

Basta, aliás, o exame do art. 5º da Constituição. Em seu caput diz que todos são iguais perante a lei, e com certeza ninguém dirá que a igualdade é somente perante a lei ordinária. Em grande número de seus incisos faz referência a lei, sem qualificação. Relativamente a alguns deles é razoável dizer-se que a referência é feita à lei ordinária, mas em alguns é indiscutível que a palavra lei abrange também a lei complementar. Nos incisos II, XXXV e XXXVI, que asseguram o princípio da legalidade, o direito à jurisdição e a irretroatividade, por exemplo, é evidente que a referência à lei abrange tanto a ordinária como a complementar.

3.2. Lei ordinária anterior à Constituição

Não se venha argumentar com a possibilidade de alteração, por lei ordinária, de uma lei como tal aprovada embora tenha adquirido depois a estatura de lei complementar. É razoável admitir-se que uma lei ordinária anterior à Constituição de 1967, que ganhou *status* de lei complementar em virtude de seu conteúdo, se contiver algum dispositivo versando matéria alheia ao campo reservado à lei complementar, poderá, nesse dispositivo, ser alterada por lei ordinária. Mas esta é uma outra questão, que restará bem compreendida se entendermos a razão pela qual a lei *ordinária* passou a ser tratada como lei complementar.

As normas são, ou não são, válidas do ponto de vista formal, se estiverem, ou não estiverem de acordo com a norma superior que lhes dá fundamento, vigente na data de sua edição. Enquanto a validade substancial resulta da conformidade da norma inferior com a norma superior no momento em que

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 136.

se faz a avaliação, a validade forma resulta da conformidade da norma inferior com a norma superior na dada da produção da norma inferior.

E tem de ser assim porque a produção de uma norma é um fato jurídico que se encarta no ordenamento jurídico no instante de sua produção. Se o ato de produção, vale dizer, o ato formal de elaboração da norma, está de acordo com a norma superior, a norma se encarta validamente no ordenamento. Mudança posterior daquela norma superior não pode atingir os de produção normativa já então consumados.

Com tais esclarecimentos fica fácil de se entender porque o Código Tributário Nacional, embora aprovado como lei ordinária, só por lei complementar pode ser alterado. Quando se diz que uma lei ordinária, editada antes da Constituição de 1967, com o advento desta passou a ser uma lei complementar, o que se quer dizer é apenas que aquela matéria, no regime da referida Constituição, só por lei complementar poderá ser tratada.

3.3. Reserva de lei ordinária

Sabemos todos que existe uma gama de matérias a respeito das quais somente a lei pode dispor. Por isto é comum fazermos referência a reserva de lei, ou reserva legal. Mas ninguém afirma que a matéria reservada à lei não possa ser tratada por norma de hierarquia superior. Nem que a lei não possa ir além da matéria a ela reservada. É inegável que a lei ordinária pode dispor a respeito de matérias que não se encontram a ela reservadas.

Em matéria tributária tivemos um interessante exemplo desse fenômeno jurídico. Questionou-se a validade de dispositivos da legislação tributária inferior que fixaram prazos para o recolhimento de tributos, tendo o fisco sustentado que o estabelecimento de tais prazos não se acha no campo da reserva legal.

Sem questionarmos a procedência dessa tese, vamos admitir que realmente é assim: o estabelecimento de prazos de recolhimento não faz parte da reserva legal. Entretanto, se existir uma lei estabelecendo determinado prazo, é inegável que um ato normativo inferior não poderá validamente alterar tal prazo. Aliás, é indiscutível a existência de matérias que, em princípio, são próprias de regulamento. Entretanto, nada impede que a lei trate dessas matérias, e se o fizer, é evidente que o regulamento não poderá alterar a lei.

3.4. Legalidade e lei complementar

O princípio da legalidade abrange na verdade uma área muito ampla, na qual somente a lei pode estabelecer normas obrigatórias (CF/88, art. 5º). Parte dessa área é reservada à lei complementar, por vários dispositivos da Constituição. A outra parte constitui área comum a ambas as espécies de lei. Existem na verdade duas reservas, uma dentro da outra. A reserva de lei, área maior, na qual normas

inferiores nada podem prescrever. E reserva de lei complementar, na qual normas inferiores não podem penetrar por força do limite mais amplo, e lei ordinária também não pode penetrar, por força do limite mais restrito.

Quando se fala em reserva legal tem-se referência à área maior. Quando se fala em reserva de lei complementar tem-se referência à área menor. Os limites dessas áreas, todavia, podem ser transpostos pela espécie normativa que dentro deles opera validamente. Assim, a lei ordinária pode dispor sobre matérias que não se encontram nos limites da reserva legal. E pela mesma razão lei complementar pode dispor sobre matérias que não se encontram nos limites da reserva de lei complementar, área menor do terreno da legalidade.

4. A LEI COMPLEMENTAR COMO ESPÉCIE DE NORMA

4.1. Exigência de elemento substancial

Como já afirmamos, há quem sustente que a caracterização de uma lei complementar exige, além dos elementos formais, também o elemento substancial, vale dizer, a matéria de que se ocupa. Somente seriam leis complementares aquelas que tratassem das matérias reservadas pela Constituição a essa espécie normativa. Geraldo Ataliba, líder dessa corrente doutrinária, afirmava que "a lei complementar, fora de seu campo específico - que é aquele expressamente estabelecido pelo constituinte - nada mais é que lei ordinária." Para a identidade específica da lei complementar seriam necessários a forma e o conteúdo.¹²

Tal entendimento, porém, como já demonstramos neste estudo, desprestigia seriamente a lei complementar, reduzindo seu âmbito de supremacia relativamente à lei ordinária, e compromete a segurança jurídica, na medida em que torna questionável, em muitos casos, a superioridade hierárquica da nova espécie normativa, em face da imprecisão do objeto regulado.¹³ Mesmo assim, em razão do prestígio de seu autor, sem reflexão alguma nós o adotamos, asseverando que se a lei complementar disciplinar matéria fora do campo que lhe foi reservado pela Constituição, neste ponto, segundo conceituados juristas, poderá ser alterada, ou revogada, por lei ordinária.¹⁴ E no mesmo sentido manifestaram-se diversos tributaristas e constitucionalistas.¹⁵

¹² ATALIBA, Geraldo Ataliba. *Lei Complementar na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p.36.

¹³ Em casos como o estabelecido no art. 146, inciso III, será sempre problemática a questão dos limites do objeto a ser regulado pela lei complementar.

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.25.

¹⁵ Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, *Lei Complementar*. in: *Curso de Direito Tributário*, Coord. de Ives Gandra da Silva Martins, Belém-Pa/São Paulo: CEJUP/CEEU, 1993, p. 95; José Souto Maior Borges, *Lei Complementar Tributária*, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: EDUC, 1985, p. 26; Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 109; Hamilton Dias de Souza, *Lei Complementar em Matéria Tributária*. in *Curso de Direito Tributário*, coord. Ives Gandra

Não obstante enfático quanto à superioridade hierárquica da lei complementar em relação à lei ordinária, Ives Gandra da Silva Martins declara ter razão a doutrina que afirma ter a lei complementar seu campo próprio de atuação.¹⁶ E com isto, ao que parece, adota a tese segundo a qual, dispondo fora desse campo, a lei complementar perde sua natureza específica e por isto pode ser revogada pela lei ordinária.

Meditando sobre o tema, relendo as referidas lições da doutrina, e especialmente relendo os dispositivos da Constituição, modificamos nosso ponto de vista. Na verdade a lei complementar é espécie normativa superior à lei ordinária, e tem sua identidade específica independentemente da matéria que regula. Mesmo que disponha sobre matéria a ela não reservada pela Constituição, não poderá ser alterada ou revogada por lei ordinária.

4.2. A doutrina estrangeira

Geraldo Ataliba, que combatia os argumentos calcados em doutrinas estrangeiras, ao sustentar a inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária nada mais faz do que reproduzir a doutrina de Enterría,¹⁷ desenvolvida no sentido de demonstrar que a lei ordinária não pode modificar uma lei orgânica, não porque a sua categoria normativa seja inferior à desta, mas porque a Constituição lhe proíbe o acesso às matérias reservadas às leis orgânicas.

Na doutrina estrangeira, porém, encontramos também, e preferimos, a lição de Marcello Caetano, assim expressa:

O nosso país rege-se por uma Constituição escrita, cuja elaboração e modificação obedecem a um processo legislativo diverso do adoptado para o comum das leis: temos, portanto, uma Constituição rígida.

Materialmente só deveriam ser constitucionais as normas relativas à instituição e competência dos órgãos da soberania e aos limites do poder político. Porém, a existência de processo especial de produção das leis constitucionais leva o jurista a considerar compreendidas nessa categoria todas as normas definidas e impostas por via desse processo.¹⁸

da Silva Martins, São Paulo: Saraiva, 1982, p.29; Eduardo Marcial Ferreira Jardim, *Manual de direito financeiro e tributário*, São Paulo: Saraiva, 1993, p.103; Edgar Lincoln de Proença Rosa, *A Questão do Decreto-Lei Sobre Tributos*: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p.56; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. Saraiva: São Paulo, 1991, p. 164/166, e *Dicionário de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 1994, p.99; Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*. 10ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 142.

¹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 84-85.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 163-165.

¹⁸ CAETANO, Marcello Caetano. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 88.

4.3. A questão do fundamento de validade

Sustentam alguns que a lei complementar não constitui fundamento de validade da lei ordinária, e portanto não pode ser a esta superior. O argumento é aparentemente consistente, mas só aparentemente. Na verdade o fundamento de validade de uma norma de Direito positivo, à luz dos conceitos positivistas, só pode estar em uma norma superior. Todavia, além de ser questionável essa tese, ela não tem nem pode ter o alcance que se lhe pretende atribuir.

Vejamos o que a esse respeito doutrina Alexandre de Moraes:

A tese pela hierarquia da lei complementar sobre a lei ordinária (e os atos que tem a mesma força que esta – a lei delegada e a medida provisória) é fortemente criticada, bem como possuem diferentes campos materiais de competência. Em relação ao primeiro argumento devemos lembrar que todas as espécies normativas primárias retiram seu fundamento de validade da própria Constituição Federal, inclusive as próprias Emendas Constitucionais, e nem por isso se diga que estariam no mesmo patamar hierárquico que as demais.¹⁹

Como o fundamento de validade de todas as normas de um sistema é a Constituição, teríamos de admitir que só entre esta e as demais normas existe hierarquia. Existiriam, assim, somente dois planos hierárquicos, o da Constituição e o das demais normas. Mas sabemos todos que não é assim.

Realmente, a própria Constituição estabelece a hierarquia entre as diversas espécies normativas, sem que haja necessariamente de ser o processo de cada espécie normativa regulado pela espécie a ela imediatamente superior. Assim, embora tanto as leis complementares, como as leis ordinárias, tenham na própria constituição regulado o seu processo de elaboração, a posição superior da lei complementar resulta evidente da exigência de quorum qualificado para sua aprovação, e da finalidade para a qual o constituinte criou essa espécie normativa.

4.4. Taxatividade das hipóteses de reserva de lei complementar

A questão de saber se são taxativas as hipóteses de reserva de matéria à lei complementar, estabelecidas na Constituição, deve ser examinada com cautela, para que não se extraia da resposta conclusão indevida. Quando se afirma que as referidas hipótese são taxativas apenas se quer dizer que somente nelas é válido exigir-se lei complementar.

Alexandre de Moraes registra duas decisões do Supremo Tribunal Federal que bem demonstram a necessidade de cautela no exame dessa questão. Na primeira delas está dito:

Matéria sujeita ao domínio normativo da legislação ordinária. Enumeração exaustiva das hipóteses constitucionais de regramento mediante lei complementar... Só cabe lei complementar, no sistema

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 1171.

de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita.²⁰

E na segunda, citada por Moraes como sendo no mesmo sentido da anterior, está dito:

De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a lei para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, como a legislação complementar.²¹

Na verdade a segunda dessas duas decisões parece expressar de modo mais exato o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao dizer que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria. Dizer-se que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz referência, e dizer-se que só cabe lei complementar quando formalmente reclamada a sua edição não é a mesma coisa. E o exame da íntegra das citadas decisões da Corte Maior nos revela que a discussão ali instaurada dizia respeito à validade, ou não, de lei ordinária. No primeiro caso tinha-se ação proposta pelo Procurador Geral da República argüindo a inconstitucionalidade da Lei nº 8.443/92, ao argumento de que seria necessária lei complementar para tratar da matéria concernente ao Ministério Público perante o Tribunal de Contas da União. E no segundo caso tinha-se ação proposta pela Confederação Nacional de Saúde Hospitalar, argüindo a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.732/98, relativos a requisitos para o gozo de imunidade tributária.

Nos dois casos em referência, como em diversos outros, firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que onde a Constituição exige lei, tanto pode ser a complementar como a ordinária. E sendo assim resta evidente que a lei complementar pode dispor sobre matéria que a ela não esteja expressamente reservada.

Certamente a lei ordinária não pode invadir o campo reservado à lei complementar,²² porque isto implica desrespeito à norma da Constituição que formulou aquela reserva em favor da lei complementar. Nada impede, todavia, que a lei complementar extrapole o campo a ela reservado, disciplinando matéria que poderia ser tratada por lei ordinária.

²⁰ STF, Pleno, Adin nº 789/DF, rel. Ministro Celso de Mello, DJU I do dia 19.12.94, p. 35.180, citação feita por MORAES, A. op. cit., 1172

²¹ STF, Pleno, Adin nº 2.028-5/DF, Medida liminar, rel. Ministro Moreira Alves, DJU I de 16.06.2000, p. 30, citação feita por MORAES, A. op. cit. p. 1172

²² STJ, 2ª Turma, REsp. nº 92.508/DF, DJU, I, de 25.08.97, pág. 39.337, citação feita por MORAES, Alexandre. op. cit. p. 1172

4.5. O legislador e a indeterminação constitucional

Se, de todo modo, persistirmos no entendimento segundo o qual a lei complementar não pode extrapolar o campo a ela reservado pela Constituição, sem perder a sua característica de lei complementar, teremos de admitir pelo menos que ao legislador deve ser concedida a atribuição para superar a indeterminação inevitável do alcance de cada norma definidora daquela reserva de lei complementar.

Por apreço à segurança jurídica devemos admitir que se o Congresso Nacional considerou que determinada lei que está elaborando cuida, por exemplo, de conflitos de competência, ou de limitações constitucionais ao poder de tributar, ou de normas gerais em matéria de legislação tributária, e por isto opta pela forma de lei complementar e observa, em sua elaboração, as normas definidoras do procedimento próprio para a aprovação dessa espécie legislativa, sua opção deve ser respeitada, não se podendo questionar o conteúdo de cada um dos dispositivos da lei então aprovada com o propósito de demonstrar que não se trata de matéria reservada à lei complementar.

Isto constituirá, sem dúvida, uma contribuição significativa da doutrina para a realização da segurança jurídica. Com ela se evitará o questionamento, em tese sempre possível, em torno do alcance de grande número de dispositivos da Constituição que formulam reserva de matérias ao legislador complementar.

5. CONCLUSÕES

Em face das razões expostas podemos firmar as seguintes conclusões:

1ª) Depois de muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais em torno da posição hierárquica da lei complementar, é possível afirmar-se que não existe dissídio em torno da supremacia da lei complementar sobre a lei ordinária, mas, isto sim, em torno da questão de saber o que é uma lei complementar.

2ª) Realmente, enquanto os que sustentam a superioridade hierárquica da lei complementar admitem que a sua identidade específica decorre simplesmente do elemento formal, vale dizer, do fato de haver sido aprovada pelo Congresso Nacional como lei complementar, os que negam tal superioridade hierárquica sustentam que a lei complementar somente se qualifica como tal quando trata de matérias que a Constituição reserva para essa espécie normativa.

3ª) O exame do que ocorre com todas as demais espécies normativas nos demonstra que nenhuma delas ganha identidade específica à luz do elemento material, vale dizer, em razão da matéria de que trata, mas em razão do elemento formal. O que confere identidade específica a uma norma jurídica é competência do órgão do qual emana e o procedimento adotado em sua elaboração.

4ª) A existência de matérias reservadas à lei complementar impede que a lei ordinária trate, validamente, dessas matérias, mas não impede que a lei complementar trate de matérias situadas fora desse campo a ela reservado.

5ª) Além desses elementos de convicção extraídos do Direito positivo, objetivamente considerado, também do ponto de vista axiológico se chega à mesma conclusão, porque admitir que a identidade específica da lei complementar somente se completa com a matéria tratada gera grave insegurança jurídica.

6ª) Realmente, se a identidade específica da lei complementar depende da matéria da qual se ocupa, para definir-se tal identidade tem-se de, primeiramente, delimitar com precisão toda a matéria que a Constituição, em diversos dispositivos, reserva à lei complementar, e no desempenho dessa tarefa é impossível evitar-se o surgimento de inúmeros conflitos. Aliás, em face do art. 146-A da Constituição Federal, podemos afirmar que é inteiramente impossível a definição da matéria própria da lei complementar.

7ª) Assim, mesmo que se admita serem razoáveis as duas interpretações do texto constitucional, vale dizer, tanto aquela segundo a qual o elemento material é necessário para a identificação da lei complementar, como a outra, segundo a qual a lei complementar tem sua identidade específica porque como tal aprovada pelo Congresso Nacional, com observância do procedimento legislativo adequado, inclusive com observância do quorum qualificado, é indiscutível que a opção por esta última se faz preferível do ponto de vista axiológico, porque melhor realiza a segurança jurídica.

8ª) Mesmo que pretendamos sustentar que somente se configura como lei complementar aquela que trate de matéria constitucionalmente reservada a essa espécie normativa, devemos prestigiar a segurança jurídica reconhecendo ao Congresso Nacional competência para superar a indeterminação inevitável das normas constitucionais definidoras das matérias reservadas à lei complementar, e assim evitando o questionamento a respeito do alcance de grande número de dispositivos da Constituição que formulam reserva de matérias ao legislador complementar.

9ª) Ao reconhecermos que ao Congresso Nacional cabe superar a indeterminação das normas constitucionais definidoras das matérias reservadas à lei complementar estaremos prestigiando a segurança jurídica também porque serão evitados abusos na edição de medidas provisórias revogando ou alterando leis complementares a pretexto de que as mesmas tratam de matéria não compreendida na reserva constitucional

10ª) Ao adotarmos o entendimento preconizado nas duas conclusões anteriores estaremos contribuindo significativamente para que o Direito desempenhe o seu importante papel de instrumento de realização da segurança jurídica, um dos valores fundamentais da humanidade que lhe cabe preservar.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Lei Complementar, in Curso de Direito Tributário. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

- ANDRADE, Manuel A. Domingos de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1978.
- ATALIBA, Geraldo Ataliba. *Lei Complementar na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- CAETANO, Marcello Caetano. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. *Direito Tributário*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199.
- LARENZ, Karl. *Derecho Justo – fundamentos de etica jurídica*. trad. de Luis Díez-Pecazo. Madri: Civitas.
- LUZ, Ivani Silva da. Lei complementar e lei ordinária. *Correio Brasiliense, Direito & Justiça*, dia 12/07/99.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2004.
- _____. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2004.
- _____. Posição hierárquica da lei complementar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 14, São Paulo: Dialética, novembro de 1996.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. T. do Prof. L. Cabral de Moncada, 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- VASCONCELOS, Arnaldo Vasconcelos. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986.7z



ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM PÚBLICA E PRIVADA

*João Luis Nogueira Matias**

*Afonso de Paula Pinheiro Rocha***

RESUMO

O estudo vai tratar da relação entre as esferas pública e privada bem como o papel do Estado. Abordam-se questões como: qual a função do ordenamento jurídico e como deve ser realizada a atuação do estado da economia. Investigam-se as mudanças de paradigma ocorridas tanto na definição do público e do privado. Apresenta-se o princípio da subsidiariedade como orientador da repartição de competências entre o Estado e a sociedade. Conclui-se no sentido de que a atuação estatal deve estimular o desenvolvimento das capacidades da sociedade civil, bem como reconhecer sua autonomia em perseguir seus interesses.

Palavras-chave

Estado. Subsidiariedade. Autonomia.

ABSTRACT

The paper studies the relation between the public and the private spheres as well as the role of the State. Deals with questions such as: what is the function of the law and how should the state intervene in the economy. It investigates the change of paradigms in the definition of public and private. Show the subsidiarity principle as a guide to perform the sharing of competences between state and society. It concludes that the State should stimulate the development of the civil society as well as acknowledge their autonomy in pursuing their interests.

Key-words

State. Subsidiarity. Autonomy.

* Juiz Federal. Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito pela USP. Professor dos cursos de Mestrado em Direito da UFC e da UNIFOR.

** Mestrando em Direito pela UFC. Bolsista CAPES.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O Estado tradicionalmente vem atuando segundo os ditames do direito público, estando este pautado em uma série de pressuposições tais como a idéia de que ao interesse particular pode ser oposto o interesse de toda a coletividade – supremacia do interesse público. Tais concepções são vinculadas de forma direta à idéia de Estado, ao perfil que assume e às funções que exerce, ou seja, à forma com que se relaciona com os particulares. Evidencia-se o caráter histórico da dicotomia maior: direito público e direito privado.

Neste estudo, em rápida análise, abordar-se-ão aspectos dinâmicos da relação entre o Estado e os particulares, as influências mútuas entre esferas, pública e privada, e o novo perfil da atuação estatal e sua repercussão na sociedade civil, dentro da perspectiva de existência e eventual superação da dicotomia: público x privado.

2. ESTADO E FUNÇÕES DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A análise do Direito em uma perspectiva funcional tem por objeto o oferecimento de respostas aos seguintes quesitos: para que serve o Ordenamento Jurídico? Qual a sua finalidade? Em segundo plano estão os questionamentos sobre a sua estrutura e forma.¹

As finalidades a que serve o ordenamento jurídico estão diretamente vinculadas ao grupo social que o emana. Na perspectiva do estado liberal clássico, caracterizado pela ausência de políticas governamentais de intervenção na atividade social, inexistia espaço para qualquer outra função que não as mais tradicionais, de proteção e repressão, típicas do Estado garantista, que somente atua como instrumento de controle social. A função protetora é a função de resguardo dos interesses julgados essenciais pelos que fazem a lei. Já a função repressiva, destaca-se pela repressão, coibição dos atos que são contrários ao que é protegido.

Com a evolução do Estado, com a concepção do que se convencionou chamar de Estado social, ou Estado do bem-estar social, o direito passa a servir não apenas para reprimir condutas e proteger valores socialmente tidos como corretos, ao contrário, tem a finalidade de incentivar, promover condutas que sejam interessantes ao convívio das pessoas. O Estado passa a servir como instrumento de controle e de direção social.

A concepção clássica do direito como ordenamento coativo é fundada na idéia da maldade inata dos seres humanos, cuja tendência anti-social deveria ser controlada. Já a idéia do direito como ordenamento de direção social parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, que deve ser estimulado, provocado.

¹ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione – nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977.

A superação do Estado do bem-estar social, conseqüência da carência de recursos em face de demandas sociais crescentes, não afastará a utilização do ordenamento jurídico como instrumento de direção social. Um dos escopos mais importantes do ordenamento jurídico é a promoção de condutas interessantes à sociedade, seja qual for a feição e formato de organização do Estado.

Na verdade, a utilização da função promocional do Direito é a maneira mais eficaz de realizar as intervenções na economia por direção e indução, previstas no artigo 174, da Constituição Federal Brasileira, através das técnicas de encorajamento e desencorajamento.

Desencorajamento é a operação pela qual há a influência sobre o comportamento de indivíduos, comportamento comissivo ou omissivo, criando obstáculos a sua realização ou atribuindo conseqüências indesejadas. Já a técnica de encorajamento consiste em uma influenciar o comportamento de outrem, omissivo ou comissivo, facilitando-o ou atribuindo-lhe conseqüências agradáveis.

No direito nacional, no âmbito da proteção ambiental, freqüentes são os exemplos de utilização do ordenamento jurídico como instrumento de promoção ambiental. Alguns Estados da Federação brasileira, por exemplo, distribuem parcela maior da arrecadação do imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços aos municípios que protegem seus mananciais ou são obrigados a utilizá-los de forma restrita. O valor maior, proteção ao meio ambiente, é resguardado, através de incentivos promovidos pelo Estado, mediante a utilização de normas jurídicas.²

Os exemplos consubstanciam a percepção de que o ordenamento jurídico, em sua totalidade, pode ser utilizado como um instrumento para direcionar as condutas individuais de modo a efetivarem-se os objetivos e interesses públicos. Assim, tanto o direito público pode ter um reflexo na esfera privada, como o direito privado nos interesses públicos.

Para corretamente compreender-se a modificação atual nos paradigmas do Estado e do ordenamento jurídico, convém estudar como a tradicional relação público-privada tem se modificado.

3. PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO E PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

3.1. Considerações Gerais

Bobbio analisa a questão por um enfoque diferenciado, em contexto que

² No Estado do Paraná, a Lei Complementar Estadual 59/91 (Lei do ICMS Ecológico) estabelece critérios para repasse de verbas referentes ao ICMS aos Municípios daquele Estado, considerando aspectos de proteção ambiental. Como técnica de desencorajamento, pode ser citada a Lei Estadual 906, de 25 de setembro de 1986, do Município do Rio de Janeiro, que proíbe a concessão de benefícios no pagamento de créditos tributários devidos ao Município em referência às empresas que agredem ao meio ambiente.

aborda tanto a publicização do direito privado como a privatização do direito público, privilegiando a relação entre Estado e Sociedade Civil:

Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação da tradicional figura do contrato.³

É em tal contexto que Bobbio destaca que a dicotomia entre direito público e direito privado é total, posto que nada no universo jurídico a ela é alheio, seja qual for o seu critério de fundamentação.⁴ Dessa forma, é necessário perceber uma complementaridade dos dois processos que vão se encontrar numa síntese dialética, perfazendo todo o ordenamento.

3.2. PRIVATIZAÇÃO DO PÚBLICO

Fenômeno atual, que implica em modificação na seara do direito público, é o que tem sido denominado pela doutrina como privatização do direito público, muito bem descrito por Habermas:

Com a fuga do Estado para fora do direito público, com a transferência de tarefas da administração pública para empresas, estabelecimentos, corporações, encarregados de negócios semi-oficiais, mostra-se também o lado inverso da publicização do direito privado, ou seja, a privatização do direito público. Os critérios clássicos do direito público tornam-se caducos uma vez que a administração pública se utiliza de meios do direito privado mesmo em suas funções de distribuir, prover e fomentar: pois o sistema organizado do direito público não impede, por exemplo, um fornecedor da comunidade de entrar numa relação de direito privado para com seus "clientes"; muito menos a ampla regulamentação de uma tal relação jurídica exclui a sua natureza jurídica privada.⁵

Giorgianni também percebe a nova realidade, descrevendo-a:

³ BOBBIO, N.. op. cit. p. 27.

⁴ *Ibidem*. p. 149-150.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 180.

(...) como conclusão deste processo de privatização da atividade de direito privado da administração pública, pode-se afirmar que se o poder público se torna proprietário, empresário, trabalhador (por exemplo, empreiteiro de serviços) perde tendencialmente a sua natureza de poder público e entra no âmbito do direito comum.⁶

Com o fenômeno da privatização do direito público, exterioriza-se a idéia de despojamento do Estado de sua soberania para atuar em condições de igualdade com os indivíduos.⁷

No direito nacional é exemplo deste processo a recente revogação do artigo 142, da Lei nº 6.404/76, através da Lei nº 10.303/01. O aludido dispositivo, em sua antiga redação, vedava, expressamente, a possibilidade de falência à sociedade de economia mista. Artigo de redação polêmica, já que conflitava com a Constituição Federal, cujas disposições estipulam a regência das sociedades de economia mista por regras de direito privado, era bastante criticado pela doutrina, por ofensa ao disposto no artigo 173, parágrafo primeiro, inciso II, da Constituição Federal. Trata-se de demonstração evidente da regulação da atuação do Poder Público por normas de direito comum.^{8 9}

Porém, essa privatização do público não ocorre somente numa perspectiva de atuação econômica, insere-se numa reformulação global das entidades de poder. A figura do Estado Nacional vem perdendo espaço na medida em que há um fortalecimento dos poderes privados, principalmente as grandes conglomerações e corporações empresariais multinacionais.

Exemplo concreto da migração para a esfera privada de uma das competências mais precípuas do Estado, a competência normativa é a existência de uma *lex mercatoria*¹⁰, difusamente instituída pelo mercado e firmada pelo

⁶ GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras*. RT\Fasc.Civ, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan 1998, p. 53.

⁷ **Complemente-se indicando a lição de Arnaldo Wald:** *Efetivamente, enquanto se falava, há algum tempo, da publicização do direito privado, já se admite hoje um movimento pela privatização do contrato de direito administrativo, despojando-se, em certos casos, o Poder Público da sua soberania para atuar como se fosse um particular.* (WALD, Arnaldo. Um Novo Direito para a Nova Economia: A evolução dos Contratos e o Código Civil. In: Roberto Senise Lisboa; Maria Helena Diniz. (Org.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, p. 73-93, 2003, p. 91.)

⁸ **Remete-se à leitura do artigo 173 da Constituição Federal:** *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou à relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Parágrafo 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. (...).*

⁹ Com a edição da Lei de Recuperação de Empresas, Lei 11.101/05, a polêmica é renovada, com a específica exclusão da falência das sociedades de economia mista.

¹⁰ **Quanto à *lex mercatoria***, é possível apontar: “Segundo Berthold Goldman, a *lex mercatoria* é um conjunto de princípios e regras costumeiros, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular de lei nacional. Schmitthoff, por sua vez, a compreende como um conjunto de princípios comuns relacionados aos negócios internacionais presentes em regras uniformes que tem aceitabilidade generalizada. Langen a considera como regras

costume dos agentes econômicos privados. A *lex mercatoria*, goza muitas vezes de uma efetividade muito maior do que a legislação interna ou internacional.

Complementando e corroborando esta expansão da esfera privada dentro da pública, a própria função judiciária vem sendo limitada e substituída, muitas vezes com vantagens, por formas de resolução de conflitos como arbitragem e mediação. As câmaras internacionais de arbitragem passam a ser instâncias decisórias sobre questões comerciais que afetam segmentos inteiros de economias de diversos países. Como exemplo mais famoso identifica-se a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Mundial de Comércio, expressiva em quantidade e efetividade de decisões.

Além disso, temos que os Estados estão se situando em posição de igualdade às corporações internacionais nas câmaras de arbitragem. Apesar de divergências doutrinárias sobre a possibilidade de submissão ou não de Estados à arbitragem internacional em conflitos com outros estados ou entidades privadas, “na seara internacional é pacífico o reconhecimento da arbitrabilidade objetiva, ou seja, a envergadura do Estado de admitir uma convenção de arbitragem comercial internacional”.¹¹

Por fim, essa privatização não revela traços somente das funções normativa e judicante. Com a progressiva retirada do Estado da atuação direta na economia, reduzem-se os serviços essenciais ainda prestados.

Essa restrição de atuação, indubitavelmente impulsionada pelo *lobby* dos capitais internacionais, acaba por eliminar a prestação direta do Estado até mesmo em serviços públicos essenciais. Perdoados o trocadilho, o ‘mercado’ restringe o Estado para abrir novos ‘mercados’ e novos setores para exploração.¹²

Assim, é possível ver que a esfera privada já possui um instrumental próprio que apresenta similitudes com a própria organização estatal, esta, por sua vez, eclipsada pela expansão e eficiência de tais estruturas.

do jogo do comércio internacional, enquanto Goldstajn a identifica como o corpo de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países”. (FIORATI, Jete Jane. A *lex mercatoria* como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em Desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 41, n. 164, out./dez. 2004, p. 19.)

¹¹ FACHIN, Melina Girardi. Problemas e perspectivas da participação de Estados e entidades públicas enquanto partes no Juízo Arbitral. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.2, n.2, p. 119-140, jul./dez.2005, p. 124.

¹² Interessante notar que a preocupação em restringir a atuação estatal passa a fazer parte das próprias constituições não só no Brasil, mas no mundo: “Esse fenômeno, porém, não se restringe ao Estado brasileiro. Um exemplo disso é o projeto de Constituição italiana em trâmite perante a Comissão Constituinte de Emenda Constitucional. Conforme o projeto de Constituição em alusão, a atividade da Administração Pública italiana, atuará com base no Direito Privado, salvo por razão de interesse público previsto por lei, de modo a reduzir cada vez mais a aplicação do Direito Público”. (BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Dissertação – Mestrado em Direito. UFPR, Curitiba, 2006, p. 55.)

3.3 Publicização do Privado

Entretanto, apesar dessa profunda privatização, especialmente no tocante à atividades econômicas, é possível identificar um movimento no sentido inverso. Os pivôs dessa modificação têm sido a Constituição e sua repercussão axiológica nos demais campos do direito.

A Constituição deixa de ser apenas um diploma normativo, para ser uma postura de interpretação perante todo o direito. Trata-se do fenômeno da filtragem constitucional, pelo qual toda interpretação jurídica é uma interpretação através da moldura axiológica constitucional.¹³

Assim, os mesmos institutos que são o cerne da esfera privada e das atividades econômico-comerciais, tais como propriedade, contrato e até mesmo a empresa devem ser repensados de uma forma sistêmica dentro da Constituição. É necessário uma harmonização desses institutos tradicionais, que se relacionam com valores clássicos de autonomia e liberdade, com outros valores constitucionais tais como igualdade material, solidariedade e justiça social.¹⁴

Outro elemento do constitucionalismo que contribui para esse enfoque público de institutos da seara privada são as diversas teorias relacionadas com a eficácia dos direitos fundamentais. Estes, direitos de natureza principiológica, tendem a permear as diversas relações sociais. Adicione-se ainda o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais e o resultado é uma gama de garantias e valores constitucionais influenciando a interpretação de cada ato ou negócio jurídico.

Particularmente importante para esse conteúdo público na esfera privada é a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Por esta teoria entende-se uma eficácia entre particulares e não só uma eficácia oponível aos entes estatais. Os direitos fundamentais “deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ser efeitos horizontais perante entidades privadas”.¹⁵ Assim, mesmo os particulares devem respeitar esse núcleo central de garantias e direitos constitucionalmente assegurados em suas relações privadas, dando a estas um cunho mais público.

Cumprе salientar, entretanto, que os direitos fundamentais também servem como meio de proteção frente ao Estado. Tal gama de direitos tem oferecido uma nova feição à atuação estatal e ao direito público. Como exemplo, podemos citar os recentes questionamentos doutrinários sobre a possibilidade ou não de um controle jurisdicional das políticas públicas com o escopo de se garantir a efetividade de direitos fundamentais.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 07 de dezembro de 2006.

¹⁴ BREUS, T. op. cit. p. 57.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.206.

Além disso, a própria noção de supremacia do interesse público sobre o privado parece encontrar limites nas garantias referentes aos direitos fundamentais. Estes direitos podem resguardar interesses privados no caso concreto, mas são enquanto sistema uma garantia, um interesse público mais básico.

Nesse sentido, verifica-se a lição de Daniel Sarmento,

(...) entendemos que, diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa “precedência prima facie” dos primeiros. Esta precedência implica na atribuição de um peso inicial superior à estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para os interesses públicos possam eventualmente sobrepuja-los.¹⁶

O espaço constitucional parece ser um meio de superação da dicotomia. Trata-se de um meio envolvente tanto do âmbito público como do âmbito privado. Dessa forma, o mais correto não seria falar em privatização do público ou publicização do privado, mas talvez de uma Constitucionalização do Direito.

4. ESTADO E ATIVIDADE ECONÔMICA

Retomando a discussão sobre as mudanças paradigmáticas tanto do âmbito privado como do público, percebe-se que estas estão associadas a uma modificação na atuação do Estado na Economia.

Analisar as formas de intervenção do Estado na atividade econômica, ou seja, analisar o perfil que assume o Estado, significa, em perspectiva jurídica, compreender como se configura o ordenamento econômico de um país.

Inicialmente, convém esclarecer que conceito mais amplo do que o de intervenção estatal é o de atuação do Estado, que transmite a idéia de prestação de serviços públicos ou de exercício de atividade econômica. Já intervenção significa atuação em área de outrem, ou seja, ação do Estado no âmbito restrito dos particulares. Eros Grau nos dá a medida exata da diferenciação, ao defender que:

Intervenção indica, em um sentido forte, isto é, na sua conotação mais rigorosa, no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, significa ação do Estado, tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.¹⁷

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*. In: Flavio Galdino; Daniel Sarmento. (Org.). *Direitos Fundamentais: Estudo em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 267-324, 2006, p.306-307.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. São Paulo: RT, 1992, p. 137.

Contemporaneamente, com a superação do Estado liberal clássico, surge o Estado Social, sendo sua característica fundamental a atuação marcante nas áreas econômica e social, assumindo a feição de Estado do Bem-Estar ou Estado Providência, cujo perfil é bem delineado por Paulo Luiz Netto Lobo:

O Estado Social, sob o ponto de vista do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no Século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado Social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas. As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado Liberal.¹⁸

A crise do Estado social, incapaz de atender as demandas sociais crescentes, ante a realidade da restrição das receitas públicas, tem transformado o perfil do Estado contemporâneo, sujeito a sucessivas reformas estruturais e modificações de seu papel perante a sociedade, a exemplo do que tem ocorrido com o Estado Brasileiro.

Ao Estado contemporâneo, em transformação, são atribuídas cada vez mais funções de regulação, através de medidas administrativas ou legislativas, utilizadas para determinar, controlar ou influenciar o comportamento dos agentes econômicos. Por outro lado, cada vez menos é permitido ao Estado atuar como Estado-empresário, ou seja, como produtor ou distribuidor de bens e serviços, como destaca José Eduardo Faria:

Recorrente na agenda pública, o tema da reforma do Estado ganhou nova dimensão após a internacionalização dos fluxos financeiros, a integração das economias periféricas aos mercados globais, a reorganização dos padrões de produção propiciada pela expansão tecnológica e o advento das técnicas de comunicação em tempo real, que intensificaram a circulação de informações, bens, serviços e capitais, e, com isso, colocaram em patamares novos e inéditos a gestão da riqueza capitalista contemporânea. Antes da década de 1980 esse debate destacava-se por valorizar o papel do Estado como controlador, diretor, produtor direto de bens e serviços, planejador e até mesmo árbitro dos conflitos nos quais era parte, a fim de que pudesse garantir o pleno emprego em economias relativamente fechadas e autocentradas, ajustar a demanda às necessidades criadas pela oferta e manter a negociação coletiva dentro dos limites compatíveis com os níveis de crescimento. Na década imediatamente seguinte, ele se caracteriza por enfatizar a desregulação da economia, a abertura comercial, a revogação dos monopólios públicos e privatização de empresas públicas. Já a

¹⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. *O Novo Código Civil- Discutido por Juristas Brasileiros*. Campinas : Bookseller, 2003, p. 81.

partir da década de 1990 as prioridades passaram a ser a adequação da economia nacional globalizada, a manutenção da disciplina fiscal, a continuidade da estabilidade monetária, a desoneração da administração direta em favor de órgãos descentralizados, a abertura à concorrência de setores antes proibidos ou de acesso controlado e a introdução de formas empresariais de gestão e de direção nas atividades que continuaram sob responsabilidade governamental.¹⁹

Clarissa Sampaio Silva, compreendendo a mesma realidade, aponta as razões e efeitos da modificação do Estado Social:

O século XX assistiu a importantes transformações relativas à função do Estado na economia, que vão desde a superação de sua forma liberal, cuja atuação de dava, principalmente, mediante a polícia administrativa, compreendendo ainda a realização de investimentos de infra-estrutura de caráter geral, predominando, no mais, um absenteísmo, passando ao Estado Social, intervencionista, promotor do bem-estar, prestador de serviços públicos, resultando, mais recentemente, naquilo a que se vem chamando, a partir da década de 80, finais da década de 70, de Estado Pós-Social, Estado Regulador. Esse novo modelo é um produto da crise do Estado Social, cujas razões apontadas em regra pela doutrina, são as seguintes: crescimento desmesurado da máquina estatal (figura do polvo de mil tentáculos de Norberto Bobbio); crescente endividamento público; falta de recursos para seu financiamento; desproporção entre demandas crescentes de provisões materiais e incapacidade do sistema para fazer frente a elas; ausência de controle das empresas estatais e sua ineficiência. Como resultado, tem-se a paulatina saída do Estado tanto do exercício de atividades econômicas, quanto da prestação de serviços públicos, o que, quanto à organização, acarretou um enxugamento da máquina estatal mediante a privatização de empresas públicas e dos próprios serviços públicos. Assiste-se ainda a uma fuga para o direito privado, uma busca maior da contratualidade e consensualidade administrativas, embora presentes tais diretivas no Estado Social, de forma apenas alternativa.²⁰

No Brasil, a partir da década de 1990, pode-se apontar um esvaziamento das funções do Estado empresário, através do processo de privatizações de empresas estatais, deixando o Estado de intervir de forma direta na atividade econômica, passando a ser valorizada a atividade regulamentadora do exercício da atividade econômica por particulares, como é exposto por Lessa Matos.²¹

¹⁹ FARIA, José Eduardo. Introdução. In: José Eduardo Faria. (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 7-8.

²⁰ SILVA, Clarissa Sampaio. A Administração Pública no Contexto do Estado Pós-Social: Os Fenômenos da Privatização, da Regulação e os Novos Agentes Reguladores. In: *Direito Público em Destaque – Revista da Procuradoria da União no Estado do Ceará*, ano I, volume 01, p. 49-77, 2003, p. 50-51.

²¹ Nesse ponto, é interessante consignar: *A partir de 1990, com o Programa Nacional de Desestatização*

O artigo 173, da Constituição Federal, baliza a atuação do Estado nas hipóteses de intervenção por absorção ou participação, situações em que o Estado atua diretamente no setor privado, sob regime de monopólio ou em concorrência com particulares. Dispõe a regra constitucional que, ressalvados os casos nela expressos, a exploração direta de atividade econômica somente poderá ocorrer em caso de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, nos termos descritos em lei.

Nas demais hipóteses de intervenção – intervenção por direção e intervenção por indução – o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, de acordo com os contornos fixados no artigo 174, da Constituição Federal. Com a forma de intervenção por direção, intervenção indireta ou diretiva, o Estado orienta e traça a política econômica estrita, com vistas a certas finalidades prefixadas. Já na intervenção por indução, o Estado atua incentivando a prática de condutas consideradas importantes. Pode ser negativa ou positiva, como, por exemplo, a tributação excessiva de determinada atividade, a fim de que seja evitada a sua prática ou a concessão de incentivos fiscais para a realização de determinados empreendimentos.

Parece-nos que a abrangência e alcance do direito público têm se transformado, tanto em consequência de modificações operadas na seara do Direito Privado, como, principalmente, em razão das modificações pelas quais tem passado o Estado.

Hodiernamente, concebe-se o Estado de forma menos abrangente do que no passado, cuja intervenção na seara econômica somente é possível em hipóteses excepcionais. Esse novo posicionamento frente à sociedade vai se pautar por novos princípios.

5. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A idéia de um princípio da subsidiariedade é referenciada pela doutrina e passível de aplicação a diversas situações: relação Estado/organizações; privadas da sociedade/indivíduo; relação federação/estados/municípios; relação

(PND), criado pela Lei 8.031/90, o Estado brasileiro passa a mudar a sua forma de atuação como agente produtor de bens e serviços em determinados setores da economia, iniciando um longo processo de privatização das empresas e intensificando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. Nesse contexto, passa também a redimensionar sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, voltando-se para a criação de agências de regulação e intensificação da defesa da livre concorrência e da defesa do consumidor. (...) No plano Jurídico, o projeto de reforma do Estado vem sendo implementado desde a aprovação da Lei 8031/90, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização. Quanto aos seus aspectos regulatórios, segundo as diretrizes apontadas pelo Conselho de Reforma do Estado, pode-se verificar, a partir de 1995, a aprovação de uma série de emendas constitucionais e a promulgação de leis destinadas a formular o aparato jurídico-institucional para implementar e garantir a flexibilização de monopólios, a concessão de serviços públicos à iniciativa privada e as privatizações. (MATTOS, Paulo Todescan. Regulação Econômica e Democracia: Contexto e Perspectivas na Compreensão das Agências de Regulação no Brasil. In: José Eduardo Faria. (Org.). Regulação e Democracia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, p. 43-66, 2002, p. 55-56.)

União Européia/Estados Nacionais europeus; relação Administração Pública direta/índireta²².

Em todas essas situações relaciona-se com uma limitação da atuação de entes maiores para permitir que entes menores desenvolvam atividades para as quais detenham capacidade. Trata-se de uma forma geral de uma limitação da centralização ou um mandado de máxima atuação dos entes menores.

Tal princípio “[...] quando aplicado no Direito Público, almeja que agrupamentos de ordem inferior exerçam funções que eles próprios podem desenvolver, ao invés da coletividade mais vasta e elevada, protegendo a autonomia da pessoa humana e limitando a intervenção de coletividades superiores (inclusive do Estado)”²³

Importante teórico do princípio da subsidiariedade é o professor Baracho que assim o vislumbra,

A subsidiariedade não é apenas um simples princípio de repartição de competências entre órgãos ou coletividades estatais. Ela fixa o próprio princípio de competências, daí decorre que a subsidiariedade possa ser um princípio de Direito Constitucional. A busca do princípio da subsidiariedade, como princípio de Direito constitucional, aparece na organização administrativa do Estado, sendo que o debate não é apenas o da descentralização, mas da desconcentração.²⁴

Assim, o princípio de subsidiariedade vai se vincular a uma idéia de autonomia, seja de órgãos públicos, seja de entidades sociais, seja dos próprios indivíduos em efetivar seus interesses e conduzir suas ações.

Dessa forma, “No fundo, o princípio da subsidiariedade é o princípio da descentralização (ou da participação), que ensina que o poder deve nascer de baixo para cima, sob o controle da base, das pessoas e de suas consciências”²⁵.

A busca dessa postura subsidiária indica que o Estado não deve concentrar em si todo o poder e a competência para definir os rumos e interesses sociais. Em compasso com o respeito da esfera de autonomia tanto do indivíduo como das organizações sociais, o Estado só deve intervir ou atuar quando da impossibilidade dos diversos agentes sociais. Trata-se até mesmo de uma postura democrática, permitir os diversos grupos sociais interessados desempenharem suas atividades da forma como acreditam ser mais correta e eficiente.

Relativamente à seara econômica, pode-se verificar a imediata aplicação do princípio da subsidiariedade. Nesse sentido, a lição de Fernando Pimentel,

²² VIOLIN, Tarso Cabral. *Uma análise crítica do ideário do "terceiro setor" no contexto neoliberal e as parcerias entre a administração pública e sociedade civil organizada no Brasil*. Dissertação – Mestrado em Direito. UFPR, Curitiba, 2006, p. 36.

²³ Idem.

²⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade – conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 54.

²⁵ SOUZA, Luiz Francisco F. de. apud. VIOLIN, Tarso Cabral. *op. cit.*, p. 36.

Não há dúvida de que o princípio da subsidiariedade regula a intervenção do Estado na Economia. Sendo esta uma atividade essencialmente privada, o Estado, cuja função é buscar o bem comum e da justiça distributiva, não tem a competência originária de atuação. Se ele deve corrigir distorções e para tanto intervir, isto deve ser feito em nome do bem comum e da justiça distributiva e não em razão da maior ou menor eficácia das sociedades inferiores. A função subsidiária do Estado em matéria econômica é uma ‘função autêntica e natural’ e não simplesmente uma ‘fórmula pragmática’. Em outros termos, a subsidiariedade é intrínseca à função do Estado em matéria econômica.²⁶

Tratar o princípio da subsidiariedade como constitucional implica verificar sua sistemática com os demais princípios. Nesse sentido, desponta sua relação com os princípios da eficiência e da livre iniciativa.

Uma harmonização desses princípios leva à conclusão de que o Estado somente deve intervir na seara econômica em situações que não possam prescindir da atuação estatal. Para assegurar valores constitucionais e interesses públicos que, de outra forma, não poderiam ser efetivados pelos agentes da sociedade civil. Assim, “Há que existir razões e fundamentos aptos a justificar a restrição à liberdade de iniciativa (algo inerente à atividade regulatória estatal), razões estas que deverão estar lastreadas no interesse geral da comunidade”.²⁷

Do exposto, é possível indicar uma superação da dicotomia público/privado através de uma constitucionalização do direito. Essa mesma principiologia constitucional serve de guia para a elaboração de um novo modelo de Estado cuja principal atuação deve ser orientar, regular e estimular os agentes sociais a atuar de forma autônoma na consecução dos seus interesses e do bem comum.

Por fim, o princípio da subsidiariedade serve de instrumento para superar ainda outra confusão entre interesse público e interesse estatal. O princípio vai orientar a partilha de competências entre o Estado e a Sociedade, com o consequente reconhecimento de um novo espaço, o espaço do “público não-estatal”.

6. CONCLUSÕES

Nelson Saldanha possui uma interessante ilustração da relação entre o público e o privado²⁸. Este autor fala do jardim e da praça. O primeiro como uma extensão do privado, um lugar próximo da privacidade e intimidade da

²⁶ CINTRA, Fernando Pimentel. apud. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, jan/2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Último acesso em: 22 de outubro de 2006.

²⁷ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. op. cit., p. 14.

²⁸ SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça. O Privado e o Público na Vida Social e Histórica*. São Paulo: Edusp, 1993.

casa, porém aberto ao exterior. Já a praça funciona como um espaço público por excelência. Essa transição entre casa, jardim e praça, fornece uma imagem poética que pode ser utilizada para explicitar o movimento de interpenetração das esferas pública e privada.

Esse movimento reflete a mudança de concepções quanto à estrutura e atribuições do Estado, com o conseqüente reconhecimento de um espaço público não-estatal. Como explicitado, a superação da aparente dicotomia vai ser encontrada em terreno constitucional. A Constituição consagra diversos princípios que irão balizar a atuação estatal tanto frente aos particulares como na própria consecução dos interesses públicos.

O princípio da subsidiariedade interpretado de forma sistemática com outros princípios de igual amplitude torna-se um princípio de auto-contenção estatal no desempenho de suas atividades.

Tal princípio parece comandar ao Estado que este, muito mais que um ente, deve se tornar um verdadeiro ambiente. Um ambiente propício à emancipação humana e à progressiva autonomia social.

7. REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade – conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 07 de dezembro de 2006.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione – nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Dissertação – Mestrado em Direito. UFPR, Curitiba, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª. Coimbra: Almedina, 1999.

FACHIN, Melina Girardi. Problemas e perspectivas da participação de Estados e entidades públicas enquanto partes no Juízo Arbitral. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.2, n.2, p. 119-140, jul./dez.2005.

FARIA, José Eduardo. Introdução. In: José Eduardo Faria. (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

FIORATI, Jete Jane. A lex mercatoria como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em Desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 41, n. 164, out./dez. 2004

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. *Revista RT\Fasc.Civ*, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. São Paulo: RT, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *O Novo Código Civil – Discutido por Juristas Brasileiros*. Campinas : Bookseller, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, jan/2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 de outubro de 2006.

MATTOS, Paulo Todescan. Regulação Econômica e Democracia: Contexto e Perspectivas na Compreensão das Agências de Regulação no Brasil. In: José Eduardo Faria. (Org.). *Regulação e Democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, p. 43-66, 2002.

SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça. O Privado e o Público na Vida Social e Histórica*. São Paulo: Edusp, 1993.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: Flavio Galdino; Daniel Sarmento. (Org.). *Direitos Fundamentais: Estudo em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 267-324, 2006.

SILVA, Clarissa Sampaio. A Administração Pública no Contexto do Estado Pós-Social: Os Fenômenos da Privatização, da Regulação e os Novos Agentes Reguladores. *Direito Público em Destaque – Revista da Procuradoria da União no Estado do Ceará*, ano I, volume 01, p. 49-77, 2003.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Uma análise crítica do ideário do "terceiro setor" no contexto neoliberal e as parcerias entre a administração pública e sociedade civil organizada no Brasil*. Dissertação – Mestrado em Direito. UFPR, Curitiba, 2006.

WALD, Arnaldo. Um Novo Direito para a Nova Economia: A evolução dos Contratos e o Código Civil. In: Roberto Senise Lisboa; Maria Helena Diniz. (Org.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, p. 73-93, 2003.



A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL – E O DIREITO SUCESSÓRIO?

*Joyceane Bezerra de Menezes**

RESUMO

Aborda a dimensão constitucional da união estável, após uma breve análise da gênese e evolução do instituto, considerando o avanço do tratamento jurisdicional e legislativo no estado brasileiro. Enfoca a evolução dos dispositivos legais acerca do tema para analisar a parca atenção dispensada pelo atual código civil que, no que toca aos direitos sucessórios dos companheiros, representou um retrocesso social em face da previsão constitucional.

Palavras-chave

Concubinato. União estável. Família matrimonial. Entidade familiar. Direitos sucessórios dos companheiros.

ABSTRACT

After briefly analyzing the genesis and evolution of the institution of stable unions, this paper deals with the constitutional dimension of stable unions, as regards the progresses in jurisdictional and legislative treatment by the Brazilian state. It also focuses on the evolution of applicable legal devices to analyze the scanty attention dispensed by the current civil code to the successory rights of consorts, which represents a social retrocess in light of constitutional provisions.

Key-words

Concubinage. Stable union. Matrimonial family. Family entity. Companion Successory rights.

1. INTRODUÇÃO

As relações entre homens e mulheres sempre foram objeto normas de cunho religioso, moral ou jurídico. Cedo o tema passou ao interesse do Estado, chancelando-se, no mundo ocidental, o casamento como a modalidade legítima da união entre homem e mulher. No Brasil, a doutrina chegou a definir o casamento como forma de legitimar as relações sexuais entre homem e mulher.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Coordenadora do Curso de Direito da UNIFOR. Professora do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da UNIFOR.

Porém, a par da opção do Estado pelo instituto do casamento, muitos casais se mantiveram em suas relações meramente factuais. Na trajetória histórica do Brasil, ao tempo da colônia e mesmo no alvorecer da República, os negros e os índios se uniam sem a opção pelo casamento regulamentado nos códigos. Sem falar das uniões paralelas, formadas quando um dos membros ainda se mantinha casado. As pessoas que se desligavam dos seus casamentos, somente poderiam viver uniões informais. Nem mesmo o advento do desquite, que punha termo à sociedade de fato, liberava as pessoas para novo matrimônio.

Assim, o concubinato sempre foi uma realidade na história da sociedade brasileira. Embora não houvesse previsão legal regulatória desta união informal e factual, os conflitos de interesse que exsurgiam foram expostos ao Judiciário que teve de se posicionar. As pressões produzidas pela realidade social conduziram, paulatinamente, aos pronunciamentos tímidos do Legislativo.

Somente com a Constituição de 1988 a união estável passa a ser reconhecida como entidade familiar equiparada ao casamento. Duas leis (no. 8.971/94 e no. 9.278/96) se seguiram para regulamentar a união estável, dispondo sobre os pressupostos da sua constituição, os direitos e deveres, o aspecto sucessório. Mas não operaram uma verdadeira equiparação com o casamento tal qual regulava o Código Civil de 1916. Com o advento do novo Código Civil, a matéria não foi devidamente explorada, do contrario, operou-se um retrocesso social em face das leis acima citadas, notadamente quanto ao direito sucessório.

O Código confundiu os direitos sucessórios, reduzindo dramaticamente as garantias conquistadas anos antes. Em um dispositivo confuso e deslocado aborda a participação do companheiro na sucessão do outro.

Este artigo analisa a evolução do instituto da união estável, desenvolvendo algumas críticas ao tratamento legal dispensado que está longe de alcançar a dimensão constitucional a ele atribuída, especialmente no que toca aos direitos sucessórios. Por esta constatação, deposita-se no Judiciário a esperança de superação da contradição, no seio do caso concreto, mediante o esforço hermenêutico tendente a assegurar a execução dos direitos previstos na Constituição.

2. UNIÃO ESTÁVEL – DE GAMBIARRA CONJUGAL À ALTERNATIVA CONSTITUCIONAL

A união instável é uma alternativa ao casamento? Uma circunstância factual que se equipara ao instituto do casamento? O destaque constitucional atribuído à entidade familiar decorrente da união instável representa uma segurança jurídica para os seus integrantes? Especialmente em face do direito sucessório, garantem-se ao companheiro os mesmos direitos deferidos ao cônjuge?

As respostas a estas questões serão melhor compreendidas se considerado

o percurso histórico dessa relação afetiva entre homem e mulher, outrora nomeada, genericamente, de concubinato, mas que hoje é identificada pela locução união estável.

As relações entre homens e mulheres sempre foram do interesse da sociedade e isso refletiu na sua regulamentação fosse pela religião, fosse pelo Estado ou por ambos. O casamento surge como a primeira instituição da religião doméstica¹ e não sem razão, documentos históricos de conteúdo religioso, demonstram a sua disciplina. Isto se confirma na leitura do antigo testamento, com as leis mosaicas, no Corão mulçumano, nas leis de Manu. Sem dúvida o casamento sempre teve uma atenção especial, principalmente em razão da influência religiosa. Já as uniões informais nem sempre tiveram o mesmo tratamento, pelo contrário, foram objeto de escárnio.

A idade moderna assiste três mudanças fundamentais na sociedade ocidental: o Estado intervindo nas áreas mais recônditas da vida privada, estimulando a oficialização do casamento, perseguindo os celibatários; fortalecendo a autoridade dos maridos; declarando a incapacidade relativa das mulheres casadas², etc.

O casamento no Brasil-Colonial estava ligado aos pressupostos Católicos que privilegiavam o casamento razão, casamento negócio, antes do casamento por amor. O querer bem representaria o compromisso do bem viver, a constante na construção da família e no zelo pelo patrimônio. A esse respeito Santo Agostinho resumia o casamento à procriação e cuidado com os filhos. O casamento deveria se realizar, preferencialmente, entre iguais de idade, de condição social, econômica, de saúde e guiava-se, inequivocamente, pelo princípio da indissolubilidade que, transitara da doutrina da Igreja Católica para o Estado³.

Em face da condição social das mulheres, o casamento também funcionava como uma forma de proteção. Tanto as estruturas sociais quanto as recomendações da própria Igreja eram de que a mulher necessitava de um marido a quem obedecer e servir, de um provedor e galardeador. A inexistência de um mercado de trabalho aberto à mão-de-obra feminina, a falta de educação e instrução para as mulheres e o papel de resignação que tinham de assumir no seio familiar eram os principais fatores que apontavam para o casamento como única alternativa para o futuro da mulher.

¹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo; Martins Claret, 2006, p. 46.

² Muito embora Roudisnesco faça a lembrança de que o Cristianismo representa a família centrada no filho que releva o papel da mãe, enquanto o judaísmo seja a religião por excelência patriarcal. Considerando os Estados ocidentais em sua maioria de ascendência cristã, ter-se-ia o papel materno sobrelevado. Talvez aí ainda se vislumbre a primeira semente do crescimento da mulher no seio familiar. PRIORI, Mary del. *História do amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2006, p. 77.

³ Ver a esse respeito: MELO, Francisco Manuel. *A Carta Guia de Casados*. Disponível em: www.sinpros.org.br/paginasPessoais/layout1/..%5Carquivos%5CProf_248%5Cdom%20francisco%20manuel%20de%20melo.doc. Acesso em: 12 de janeiro de 2007.

As jovens casadoiras, de famílias mais pobres, que não lograram êxito na corrida pelo matrimônio, se permitiam à vida em uniões informais concubinárias quando lhes era possível.

A história brasileira relata a prática do concubinato como uma constante, em especial até o século XIX, embora a legislação luso-brasileira somente reconhecesse a família oriunda do casamento. Não era nada incomum que homens casados se entregassem às uniões paralelas ao casamento, duradouras ou não, em muitas delas resultando no nascimento de filhos. Nestas hipóteses, o testamento era o instrumento válido para o reconhecimento de filho adulterino. Muitos testamentos continham a tradicional frase - “por fragilidade da carne humana nasceram-me três filhos fora do casamento...”.

A formação das famílias entre os afro-descendentes, por sua vez, se fazia em grande parte pela via concubinária; os casamentos interessavam muito mais às famílias proprietárias, preocupadas com a transmissão de patrimônio⁴. As famílias indígenas também eram formadas a partir de arranjos informais pactuados nos termos da organização social de cada comunidade indígena. Sendo certo que para os índios, a legislação portuguesa associada ao intento colonizador jesuítico buscava a imposição das instituições ocidentais, dentre as quais o casamento⁵.

Vê-se que uniões informais sempre existiram no Brasil, embora apenas o casamento fosse, juridicamente, o único caminho para a formação da família legítima. A par dos setores onde a união informal era mais recorrente, na medida em que alguns casamentos caíam em sua qualidade e os casais se separavam de fato e convolvavam novas uniões, foi surgindo a necessidade de sua regulamentação jurídica.

2.1. A expressão do Legislativo e do Judiciário

Em 1942, foi introduzido no Código Civil, o art. 315 que previa o desquite, apto a por termo à sociedade conjugal, sem, contudo por fim ao vínculo matrimonial. Se casais podiam se desquitar, não poderiam convolar novas núpcias.

⁴ PRIORI, M. op. cit. p. 62 e 81.

⁵ A respeito da intolerância em face dos costumes indígenas extrai-se o seguinte trecho de um artigo da lavra de Clovis Bevilacqua: “Dos costumes jurídicos dos brais é que não os restam vestígios incrustados na legislação patria. O direito portuguez dominou soberano, varrendo todas as instituições aborígenes que, acoissados pelo eycione de uma civilização intolerante, sanguinária e devastadora, segundo devia parecer pelo que viam e soffriam, se foram refugiar no adyto das florestas impenetráveis do interior, á margem dos grandes rios que retalham regiões ubertosas mas insaluberrimas, onde quer que os rigores da natureza os defendessem das brutalidades de uma cultura tão balda de movimentos affectivos, e ahi subsistem ainda, mas como que ankylosados, e com suas instituições incontestavelmente deformadas com a língua”. BEVILACQUA, Clovis. Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros. In: *Textos clássicos sobre os direitos e os povos indígenas*. Org. Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 1992, p. 77.

O desquite se apresentava como um remédio para por termo a sociedade conjugal já esfacelada, mas não seria apto, até por força da ideologia antidivorcista, a permitir novos casamentos. Mas a ausência de regulamentação legal não foi suficiente para impedir que pessoas desquitadas se unissem e, no plano afetivo, social, informal, constituíssem novas famílias. Eis aqui um público impedido de casar que passaria a viver a gambiarra do concubinato; a necessidade de afeto ultrapassaria as restrições legal e ideológica.

Assim, as situações de fato iam se consolidando, crescendo e também suscitando conflitos postos a exame do Judiciário e ainda exsurgindo timidamente na legislação. É certo que o concubinato que passava a merecer alguma proteção seria aquele designado como concubinato puro ou não adúlterino, em oposição ao concubinato adúlterino.

A primeira norma que passou a beneficiar a concubina foi o Dec. Lei no. 7036/1944 que estabelecia no art. 21, parágrafo único a possibilidade de benefício a concubina, na medida em que autorizava indenização a pessoa que vivesse na dependência econômica do acidentado, desde que este não tivesse esposa, filhos, mãe ou pai inválidos sob o seu sustento. A concubina de vítima de acidente de trabalho teria direitos semelhantes ao da esposa, nesta seara. E este entendimento foi consolidado pela Sumula no. 35 do STF. Note-se que o produto do legislativo exsurgia apenas para deferir direitos à mulher, negando-se ao concubino o mesmo benefício.

Os tribunais passaram a responder pelos direitos da concubina cogitando de elementos do direito obrigacional – a teoria do enriquecimento ilícito, da sociedade de fato e do reconhecimento da contribuição direta e indireta na constituição do patrimônio.

Ainda na década de 60 os tribunais superiores brasileiros produziram algumas respostas a respeito das uniões informais – as uniões concubinárias. Surgiu a Súmula 380 do STF⁶ mencionando que os bens adquiridos pelo esforço comum deveriam ser partilhados. A Súmula 382⁷, advertindo que a coabitação no mesmo teto não seria pressuposto essencial à caracterização do concubinato.

Na medida em que a posição do STF ia sendo aplicada pelos tribunais estaduais foi sendo consolidado o entendimento de que a concubina não precisaria comprovar aporte financeiro para a caracterização da aquisição de bens por esforço comum. O apoio na lida doméstica, na educação dos filhos seria por si suficiente.

A legislação previdenciária foi mais avançada no sentido de estabelecer direitos decorrentes do concubinato. Trazia alguns critérios objetivos, exigindo em primeiro plano, a convivência de cinco anos, no mínimo.

⁶ STF Súmula nº 380 – “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

⁷ STF Súmula nº 382 – “A vida em comum sob o mesmo teto “more uxório”, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

A lei de Registros Públicos (Lei no. 6015/73), inovando com a expressão companheira, possibilitou a esta (concubina) o uso do nome do companheiro, quando comprovada a vida em comum por mais de cinco anos.

A legislação tributária passou a aceitar a figura da concubina como dependente para os efeitos das obrigações acessórias relativas ao Imposto de Renda Pessoa Física.

Em paralelo, Nelson Carneiro liderava a tentativa de fazer aprovar o Divórcio, com o fim de possibilitar aqueles que não lograram êxito no casamento, a alternativa de convalidação de novas núpcias pondo fim do vínculo conjugal. Sobreveio a Lei do Divórcio, Lei no. 6.515 no ano de 1977, autorizando aos casais a alternativa do Divórcio.

Com a possibilidade do Divórcio, casais que viviam em concubinato em virtude da condição de impedidos de casar, poderiam optar pelo casamento.

Mesmo com o divórcio, observou-se que não se reduziu o número de uniões informais. Observa-se que nas últimas décadas o comportamento matrimonial dos brasileiros tem sofrido alterações. Caíram as taxas brutas de nupcialidade, cresceu o número de divórcios e separações judiciais e aumentou a preferência pelas uniões estáveis. A coabitação sem vínculo conjugal representava 6,5% das uniões registradas no anuário estatístico do Brasil, em 1960, enquanto em 1995 já representava 23,5%⁸.

As estatísticas mostraram que a união informal não era apenas firmada em virtude do impedimento matrimonial de um ou de ambos os companheiros, poderia representar também uma preferência, uma opção, como ainda se vê hoje.

2.2. Previsão constitucional – entidade familiar formada pela união estável entre homem e mulher

O advento da Constituição de 1988 seria um marco nesta evolução pois passou a reconhecer a família oriunda da união estável, determinando-se a proteção do Estado. Nos termos do art. 226, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E o parágrafo terceiro do artigo segue com a seguinte redação “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Em substituição ao termo concubinato, o legislador constituinte utilizou a locução união estável, como que para rechaçar o estigma que recaiu e ainda recaí sobre essa modalidade de relação entre homem e mulher. Também coube a

⁸ BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. In: *História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea*. Coor. Geral Fernando A. Novaes. Organizador do volume Lília Moritz Schwarcz. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 418-419.

esta Constituição por fim a qualquer classificação referente aos filhos, atribuindo a todos igual dignidade. A matéria se desprende integralmente do campo do direito obrigacional passando a pertencer aos domínios do direito de família.

A Constituição reconheceu, em verdade, a situação de fato já existente no Brasil há muito tempo – a união informal, factual entre homem e mulher com o fim de constituição de família. Não estendeu o conceito de união estável às uniões homoafetivas. Mas no texto do parágrafo terceiro se vê a primazia que o legislador constituinte ainda dedicou ao casamento, dispondo que lei ulterior facilitaria a conversão da união estável em casamento. Ora, se ambos tivessem o mesmo status, fossem em tudo equiparados, qual justificativa seria hábil a explicar a conversão da união estável em casamento?

O casamento continua sendo o mais forte paradigma de constituição da família⁹. E a partir desta premissa se justifica a importância atribuída ao casamento pelo legislador infra-constitucional, especialmente no texto do Código Civil. A possibilidade de sua conversão em casamento também não foi efetivada, é fruto de uma norma inócua que não logrou a atenção de nenhum dispositivo legal ulterior.

Mesmo assim, não se olvida negar o avanço que a Constituição imprimiu ao Direito de Família, prevendo a união estável como porta de formação de família. Em verdade, o texto constitucional reconheceu uma realidade já presente na sociedade brasileira. E para esse resultado, o movimento de mulheres marcou sua presença na Assembléia Nacional Constituinte¹⁰.

Porém o texto constitucional não prescindiria do labor do legislador ordinário para a disciplina de todos os termos da relação jurídica aqui reconhecida como entidade familiar.

3. A REGULAMENTAÇÃO INFRA-CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL – LEIS NO.8.971/94 E NO.9.278/96

Embora a natureza da união estável seja exatamente o ambiente do “não instituído”, a circunstância eminentemente factual, os seus contornos vão se assemelhando aos do casamento, sem que com ele venha, efetivamente, a se equiparar no plano do direito positivo. Se a Constituição Federal declara que a família pode ser formada a partir da união estável, não fez com isso uma total equiparação ao casamento. Este continuou com os contornos específicos atribuídos pela legislação ordinária. A união estável não ganhou uma regulamentação adequada e mesmo depois do Código Civil de 2002, não

⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável. Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 229.

¹⁰ COSTA, Leilah Borges da. A evolução da proteção da união estável no direito brasileiro. In: *Mulheres e os direitos civis*. Coordenação Leila Linhares Barsted e Jacqueline Hermann. Traduzindo a legislação com a perspectiva de gêneros. CEPIA. Rio de Janeiro, 1999, p. 32

se chegou a um quadro de perfeita equiparação como se verá. Se o afeto e o interesse de constituir família são os motores da união entre homem e mulher seja pelo casamento, seja pela união estável, a lei não estabeleceu os mesmos regramentos e efeitos para um e para outro.

Inicialmente, a Lei no. 8.971/1994 trouxe a regulamentação do direito de alimentos e do direito sucessório do companheiro. No plano desta lei, havia um lapso temporal de cinco anos de convivência para qualificar a união estável que por sua vez somente se estabeleceria entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas¹¹.

O direito sucessório foi tratado timidamente, vez que não se atribui ao companheiro a condição de herdeiro; o texto fala em participação na sucessão do companheiro. Mesmo assim, atribuía-se ao companheiro sobrevivente: o direito de usufruto da quarta parte dos bens do de cuius, se houvesse filhos comuns, enquanto não constituísse nova união; o direito a usufruto da metade dos bens do de cuius, com ascendentes vivos, se não houvesse filhos.

Tirante isso, o companheiro sobrevivente teria acesso à metade dos bens deixados pelo autor da herança quando aquinhoados por força de atividade realizada com a sua colaboração, figurando aqui uma modalidade de meação e não de herança¹².

A Lei no. 9.278/96 teve o propósito de regulamentar o art. 226, §3º. da Constituição Federal de 1988. Destaca-se que textualmente firmou a matéria no campo de Direito de Família, reservando às varas de família a competência para conhecê-la. Estabeleceu os critérios para qualificação da união estável: o caráter duradouro da convivência, a sua publicidade e continuidade, a heterossexualidade dos membros e o objetivo de constituição de família. Não estabeleceu lapso temporal e recepcionou as relações entre pessoas separadas de fato. Definiu os direitos e deveres dos conviventes, sendo eles o respeito e consideração mútuos, a assistência moral e material recíproca, a guarda, sustento e educação dos filhos comuns. Regulou a relação patrimonial decorrente da união, atribuindo a administração do patrimônio comum a ambos os conviventes. Reforçou o direito a alimentos, na hipótese de dissolução da união por rescisão. Instituiu o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família para o convivente sobrevivente enquanto não constituísse nova união ou casamento. Repetiu a possibilidade de conversão da união estável em casamento sem, contudo, estabelecer os mecanismos.

Da análise desses dispositivos legais, já se verifica que o legislador infra-

¹¹ Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

¹² Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

constitucional não realizou a equiparação da união estável ao casamento como o texto da Constituição anunciou.

3.1. O Código Civil de 2002

O Código Civil também não realizou a equiparação de forma compatível como enunciado constitucional, antes até retrocedeu a alguns avanços implementados pelas duas leis mencionadas acima.

A união estável, ao seu turno, recebeu tratamento no título III, do Livro IV, que trata do Direito de Família, em um total de apenas cinco artigos. E ainda no Livro V, que trata dos Direitos de Sucessões, em apenas um artigo. Ao concubinato o Código Civil não deferiu qualquer proteção, traçando apenas uma definição no art. 1727.

Na perspectiva do Código Civil, art. 1723, “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada pela convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. De sorte que, os pressupostos dessa união são a heterossexualidade dos membros, seguindo o esteio do texto constitucional e da Lei no. 9278/96, a convivência qualificada como pública, contínua e duradoura e ainda, o objetivo de constituição de família.

A par da exigência da diversidade de sexos entre os membros como essencial à configuração da união estável, as uniões homoafetivas¹³ têm sido pauta de discussões nos tribunais, quanto aos direitos previdenciários, alimentares e sucessórios.

Na perspectiva freudiana e, de forma mais ampla, na perspectiva da própria psicanálise, a diferença sexual não se refere a uma diferença de gênero, mas só pode ser focalizada em referência ao vivido existencial¹⁴. Por esta via de análise, considerando que o Direito não pode prescindir da psicologia, da sociologia e da antropologia, ter-se-ia como formular outra leitura da própria concepção de união estável, admitindo-la quando em face de uniões homoafetivas, mas o assunto é bastante polêmico e foga o campo da discussão

¹³ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem adotado posições de vanguarda na área do direito de família e relativamente à esta pauta, tem-se a seguinte decisão: EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/06/2005).

¹⁴ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 128-129

aqui proposta. Por força do art. 1723, do Código Civil, é união estável aquela que se firma entre homem e mulher.

Os outros pressupostos que devem cercar a união são a publicidade, a continuidade e seu caráter duradouro. Ou seja, a relação factual não se equipara a um encontro fortuito, às escondidas ou de um relacionamento clandestino. Deve corresponder a uma relação pública e assumida por seus membros, do conhecimento daqueles que com quem eles lidam no cotidiano. A continuidade e o caráter duradouro faz referência à própria noção de família que a união pretende constituir. A idéia de continuidade e o caráter duradouro são elementos intrínsecos à idéia de família, mas não induzem a dimensão matemática do tempo – não há na lei uma delimitação temporal para a qualificação da união estável.

A família é cantada e decantada como essencial ao convívio humano. Qualificada genericamente como célula máter, essencial ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade; é também abominada por alguns, a exemplo de Lacan¹⁵ que a compreende como a pior das estruturas, geradora da loucura e da neurose. Pauta de discussões nas mais variadas ciências, a família é acolhida pelo Estado como estrutura dotada de superiores responsabilidades na formação da pessoa. E, ao longo dos anos, vem sendo identificada como um ambiente de realização do afeto. Em aparente desordem, a família transitou do modelo econômico-patriarcal para uma concepção instrumental de amparo e formação da personalidade dos seus integrantes unidos ou não pelo matrimônio, mas focada no afeto. As novas famílias buscam uma comunhão afetiva para a construção de uma história comum¹⁶. Nesse projeto, mais vale a atitude e a comunhão do que propriamente a dimensão temporal ou biológica.

Em virtude da proteção deferida pelo Estado à família, a união estável como fonte da entidade familiar gera direitos e deveres no campo do Direito de Família. Por força do art. 1723, parágrafos primeiro e segundo, a união estável não pode se constituir por infringência aos impedimentos previstos no art. 1521, muito embora a ela não se apliquem as causas suspensivas arroladas no art. 1523. Aos companheiros impõem-se os deveres da lealdade, respeito e assistência, bem como os deveres relativos aos filhos quanto à guarda, sustento e educação. Disciplinam-se as relações patrimoniais, aplicando o equivalente ao regime da comunhão parcial de bens quando os companheiros não dispõem de modo diverso em contrato escrito. É fato que o estado civil dos companheiros não se altera com a união estável de sorte que não há integral proteção dos interesses patrimoniais no momento de venda de bens imóveis havidos na constância da união.

Porém é no campo do direito sucessório dos companheiros que se vislumbram flagrantes injustiças e até mesmo inconstitucionalidades.

¹⁵ LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1987, p. 61.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39

4. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO

O Código Civil de 2002 estabelece gritantes diferenças entre os direitos sucessórios dos cônjuges e o direito sucessório dos companheiros. Em apenas um artigo, deslocado do título da sucessão legítima, da ordem de vocação hereditária, o companheiro tem disciplinada a sua participação na herança, no capítulo das disposições gerais.

Em semelhança ao que fizera a lei no. 8971/94, o Código Civil não atribuiu ao companheiro à condição de herdeiro, tratando apenas da sua participação na sucessão do de cuius. Ora se o cônjuge é considerado herdeiro, por qual razão não o seria o companheiro? Mesmo assim, o Código Civil ainda foi mais nefasto que a lei no. 8971/94.

No art. 1790, dispôs que o companheiro sobrevivente participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união e nas condições previstas nos incisos. No seu texto original,

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O artigo é mal construído e suscita interpretações conflituosas. Nota-se que, embora os incisos I e II se articulem com o caput, o mesmo não ocorre com os incisos III e IV. O caput estabelece que a participação do companheiro sobrevivente incide apenas sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união e não à totalidade da herança. Neste aspecto somente se articulariam como caput, os incisos I e II, mais propriamente. Assim, concorrendo com filhos comuns, o companheiro teria direito a mesma cota que coubesse a cada um deles. Não se concede ao companheiro a reserva de quota mínima a exemplo do deferido ao cônjuge¹⁷. Concorrendo com filhos só do autor da herança, teria a participação mitigada, vez que lhe caberia a metade do que tocasse a cada um deles. Nada dispôs sobre a hipótese, bastante comum, em que a concorrência se faz com filhos comuns e exclusivos do autor da herança.

¹⁷ Art. 1832 – Em concorrência com os descendentes (art.1829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorre.

Os incisos III e IV não têm articulação adequada com o caput. Enquanto o caput confina a participação do companheiro sobrevivente aos bens onerosamente adquiridos na constância da união, os incisos III e IV falam de sua participação relativamente à herança. Herança é um complexo de bens definido pela legislação. Pela leitura do art.1791, herança é um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Representa uma universalidade de direito que, nas linhas do art. 91 do Código Civil, se define como “um complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

Não existe herança fora desse contexto, haja vista a própria definição legal. Assim, os incisos III e IV, ao falarem de herança, não se limitam a tratar dos bens adquiridos onerosamente na constância da união e sim da totalidade das relações jurídicas do de cuius, mensuráveis economicamente.

O inciso III dispõe que o companheiro terá direito a um terço da herança quando concorrer com outros parentes sucessíveis. Leiam-se como outros parentes sucessíveis apenas os ascendentes e colaterais, pois a concorrência com os filhos previstas nos incisos anteriores se estendem à classe dos descendentes. Pois bem, aqui a base de cálculo da participação do companheiro é a herança em sua totalidade e não aqueles bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Da mesma sorte, quando o inciso IV destaca que na inexistência de parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança, está a se referir ao complexo unitário de todas as relações econômicas do falecido. Ora, se não fosse assim, e o termo herança estivesse vinculado aos limites do caput, e não a todo o sistema de normas, o companheiro sobrevivente herdaria a totalidade dos bens onerosamente adquiridos na constância da união e o remanescente dos bens do de cuius seguiria vacante, desembocando, provavelmente, nos cofres do município. Um absurdo! Valendo-se da leitura da lei no. 8971/94, na falta de descendentes e ascendentes, caberia ao companheiro sobrevivente a totalidade da herança (art.2º, inciso III).

No plano do atual Código Civil, o companheiro não assume destaque na ordem de vocação hereditária, tampouco é considerado herdeiro necessário, como o é o cônjuge¹⁸. Nessa linha de raciocínio, poderia o companheiro dispor de todos os seus bens em testamento, em prejuízo do direito sucessório do outro.

A par da incoerência do art. 1790, o Código Civil omitiu aos companheiros o direito real de habitação que tinha previsão na lei no. 9278/96 e vem sendo deferido expressamente aos cônjuges¹⁹; negou o usufruto viual que também não deferiu aos cônjuges.

Ora, se tanto a união estável quanto o casamento são instituidores da

¹⁸ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹⁹ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

família, refletem a ligação de duas pessoas por laços de afeto e solidariedade, por qual razão os direitos sucessórios seriam mais amplos em relação aos cônjuges do que aos companheiros, especialmente se considerarmos o espírito constitucional equiparador?

Se a Constituição Federal equipara a união estável ao casamento na constituição da família, reconhece em ambos o resguardo dos mesmos fins sociais. Tanto a família oriunda do casamento quanto aquela constituída pela união estável tem os mesmos deveres constitucionais. Assim, não faz sentido, a sonegação de certos direitos aos companheiros quando são deferidos aos cônjuges. Nestes termos, na medida em que a lei inatender a vontade constitucional, caberá ao Judiciário a tarefa de dizer o direito consoante as regras da hermenêutica jurídica: compreendendo o dispositivo legal à luz do texto constitucional; observando os fins sociais do instituto a ser aplicado (atendendo o art.4º, da Lei de Introdução ao Código Civil); desenvolvendo uma interpretação sistemática do dispositivo em face do diploma no qual se insere.

Na análise da questão, Maria Berenice Dias²⁰ assevera que a lei não pode tratar a união estável de modo diverso do casamento. De forma que sempre que o legislador infra-constitucional negar à união estável prerrogativas deferidas ao casamento, o aplicador do direito deverá entender a omissão como inconstitucional, estendendo-as aos companheiros. Por esta via, teria o companheiro sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel residencial nos termos da Lei no. 9278/96, mesmo porque neste aspecto não houve revogação tácita, já que o novel código foi omissivo. O usufruto vitalício também não foi revogado expressamente, embora negado expressamente ao cônjuge. Para Dias, o direito remanesce e, em vista do princípio da igualdade, também se estende ao casamento²¹.

A previsão constitucional de equiparação das duas formas de constituição de família consubstancia-se em garantia constitucional. Ademais, saliente-se o direito fundamental de igualdade, segundo o qual ninguém pode ter tratamento diverso, quando o critério discriminatório é inconstitucional.

Tem-se que as leis no. 8971/94 e no. 9278/96 foram mais avançadas na proteção da União Estável do que propriamente o Código Civil publicado em 2002. A retração da lei, restringindo tratamento jurídico dispensado pela lei anterior, especialmente reduzindo o alcance da norma constitucional contida no art. 226, parágrafo terceiro, representa um retrocesso social.²²

Doutra banda, cabe ao aplicador do direito sanar as inconstitucionalidades e ainda aplicar a lei em atenção aos seus fins sociais, conforme o art. 5º, da Lei

²⁰ DIAS, M. op. cit. p. 148.

²¹ DIAS, M. op. cit. p. 157.

²² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 112.

de Introdução ao Código Civil. Qual é o fim social e ético de se regulamentar os efeitos patrimoniais e sucessórios entre os membros de uma união estável? São, afinal, os mesmos relativos aos cônjuges. Pretendem os companheiros a construção de uma família, a divisão de esforços na implementação de um projeto de vida, o intercâmbio de afeto, uma vida em comum. Se a Constituição Federal prevê a possibilidade da construção de uma família não matrimonial, equiparando-a à família matrimonial, inclusive para proteção do Estado, não poderia este mesmo negar aos seus membros as vantagens levadas a efeito no casamento.

4. CONCLUSÕES

Após a análise desenvolvida, vê-se que a união estável é uma realidade no seio social brasileiro. Se inicialmente se pensava que a união estável era uma opção dos setores excluídos do mundo regulado – os negros, os índios ou daqueles impedidos de casar, hoje se conclui que se trata de uma das modalidades de constituição da família. Muitas pessoas optam pelo casamento outras optam pela união estável, mesmo quando poderiam casar. Houve, no Brasil, um avanço em relação à matéria especialmente em face da previsão constitucional e das decisões jurisprudenciais, haja vista que há muito os tribunais foram chamados a conhecer a questão. Porém, a legislação infra-constitucional não garantiu a fluência da vontade constitucional no que toca à equiparação da união estável ao casamento. O legislador se posicionou de modo tímido e contraditório. A lei no. 8.971/1994 estabeleceu os pressupostos da união estável, fixando um tempo mínimo para a sua configuração. Regulamentou-se o direito de alimentos e do direito sucessório do companheiro, contextualizando a matéria no campo do direito de família. Somente admitia a união estável entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas. A posição sucessória do companheiro foi bastante incomoda posto que não se conformava na condição de herdeiro, mas de participe da sucessão do outro. Mesmo assim, garantia ao companheiro sobrevivente: o direito de usufruto viudal. A Lei no. 9.278/96 firmou a matéria no campo de Direito de Família e renovou os critérios para a qualificação da união estável, dispensando o lapso temporal previsto pela lei anterior e estabelecendo os direitos e deveres dos conviventes. Embora haja disciplinado a questão patrimonial, por aplicação do regime de comunhão parcial de bens, instituído o direito real de habitação não avançou muito no direito sucessório. No campo do direito sucessório, o Código Civil discriminou severamente a união estável, com uma redação mais restritiva do que as leis anteriores. Em apenas um artigo deslocado do capítulo da vocação hereditária, intenta restringir a participação dos companheiros ao universo de bens onerosamente adquiridos na constância da união, a ponto de permitir o absurdo da herança ser declarada vacante, quanto aos demais bens.

Assim, respondendo às indagações inicialmente propostas tem-se:

A união instável é uma alternativa constitucional ao casamento, embora

a legislação infra-constitucional privilegie o instituto do casamento. No plano prático, a união estável, caracterizada por sua natureza eminentemente fática não proporciona aos seus integrantes as mesmas garantias legais que cercam o casamento, notadamente no campo sucessório. O companheiro sequer incorpora a condição de herdeiro, figura apenas como um partícipe da sucessão do outro, sendo a dimensão desta participação legalmente limitada e dependente de uma interpretação mais compatível com a Constituição pelo Judiciário. Mesmo sabendo que casamento e união estável cumprem os mesmos fins sociais, a matiz ideológica matrimonialista se manteve no corpo legal nacional mesmo em face da previsão constitucional recente. A segurança jurídica que o texto constitucional oferece à união estável não opera muitas vantagens práticas, pois o companheiro intencionado em fazer valer os direitos decorrentes da equiparação constitucional terá de discutir a matéria nos tribunais, arguindo a inconstitucionalidade dos dispositivos infra-constitucionais. Doutra banda, o cônjuge, protegido pelos laços sagrados do matrimônio tão somente soerguerá as regras do direito civil para pleitear a proteção aos seus interesses.

5. REFERÊNCIAS

- BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. In: *História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea*. Coord. Geral Fernando A. Novaes. Organizador do volume Lilia Moritz Schwarcz. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 411-438.
- BEVILACQUA, Clovis. Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros. In: *Textos clássicos sobre os direitos e os povos indígenas*. Org. Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 1992, p.77-92.
- COSTA, Leilah Borges da. A evolução da proteção da união estável no direito brasileiro. In: *Mulheres e os direitos civis*. Coordenação Leila Linhares Barsted e Jacqueline Hermann. Traduzindo a legislação com a perspectiva de gêneros. CEPIA. Rio de Janeiro, 1999, p. 27-42.
- COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo; Martins Claret, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1987.
- MELO, Francisco Manuel. *A Carta Guia de Casados*. Disponível em: www.sinpros.org.br/paginasPessoais/layout1/..%5Carquivos%5CProf_248%5Cdom%20francisco%20manuel%20de%20melo.doc. Acesso em: 12 de janeiro de 2007.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável. Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PRIORI, Mary del. *História do amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2006.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALGUMAS NOTAS ACERCA DA TUTELA JURISDICCIONAL COLETIVA

*Juvêncio Vasconcelos Viana**

RESUMO

O presente texto aborda as principais notas acerca da moderna tutela jurisdiccional advinda do processo coletivo brasileiro.

Palavras-chave

Tutela jurisdiccional. Processo coletivo brasileiro

ABSTRACT

This article analyzes the principal aspects of the modern jurisdictional protection in Brazilian class action.

Key-words

Jurisdictional protection. Brazilian class action.

1. PALAVRAS INICIAIS

O processo civil brasileiro, de início, era voltado de forma prevalente à tutela de direitos individuais.

O CPC brasileiro revela essa nítida opção individualista, por exemplo, quando traça suas regras de legitimidade para agir.

No sistema pátrio, ordinariamente, essa legitimidade é buscada a partir da situação material deduzida em juízo. Assim, o parâmetro geral para fixação da legitimidade para agir é o da afirmada titularidade do direito em questão. Aquele que se diz titular do direito ameaçado ou violado é quem deve vir a juízo deduzi-lo, mais ninguém. Essa é a regra.

Exatamente nessa linha, dispõe o código que: *“Ninguém poderá pleitear, em*

* Procurador do Estado do Ceará. Professor da Faculdade de Direito da UFCE. Doutor em Direito Processual pela USP.

nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei" (art. 6º).¹

Esse processo de "formatação" assim tão individualista começou a mostrar-se inapto a oferecer soluções eficientes para determinados tipos de conflitos que começaram a emergir na sociedade moderna, conflitos de âmbito *meta-individual*.

Diz Luiz Guilherme Marinoni, recordando lições de Mauro Cappelletti, que "a complexidade da sociedade moderna, com o intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem causar prejuízo aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados às demandas meramente individuais. Realmente, como pondera o processualista italiano, "o risco de tais lesões, que afetam simultaneamente numerosos indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui um fenômeno cada vez mais freqüente nas sociedades industriais".²

Novos "direitos", gradativamente, foram sendo reconhecidos pela ordem jurídica e, de conseqüência, novas categorias de conflitos surgiram, extrapolando esferas meramente individuais, esperando por solução justa e adequada, exigindo, pois, um processo apto a tudo isto.

Essa, vale ressaltar, constitui temática ligada não apenas ao *Acesso à Justiça*, mas também às idéias de democracia participativa.³

2. DO PROCESSO COLETIVO

A coletivização daqueles conflitos não dava para ser tratada de forma satisfatória, a ponto de chegar-se à solução dos mesmos, pelo sistema do CPC, o qual, apesar de diploma muito bom e excessivamente técnico, mostrava-se apto apenas para os conflitos meramente intersubjetivos.

Foram sendo registrados vários obstáculos no caminho de busca da tutela jurisdiccional dos interesses trans-individuais.

Indagava-se a quem caberia pugnar em juízo a proteção de tais interesses ou, ainda, era de se ponderar que o "prêmio" para qualquer cidadão tomar tal

¹ Essa norma, ao tratar da exceção (substituição processual), dissociando a legitimação da afirmada titularidade do direito, mostra de maneira bastante clara qual é a regra do sistema. Deixa ainda explícito que tais situações de legitimação extraordinária virão previstas em lei (critério de estrita legalidade), afastando assim a possibilidade de criação de tais hipóteses a partir de mera vontade das partes.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 54.

³ Sob certo prisma, "a importância da estruturação de um processo que permita a tutela dos interesses meta-individuais está ligada à noção de Democracia Participativa, que corresponde a uma visão crítica da Democracia Social, pelo prisma da participação do povo no poder. Deveras, é necessário que a sociedade civil possa participar dos seus próprios destinos, mas o dinamismo contido na participação política necessita de condutos formais do direito (instrumentos de participação enquanto institutos jurídicos) para poder frutificar". MARIONI, L. op. cit. p. 56).

iniciativa (demandar) seria por demais pequeno para instigá-lo a tal postura.⁴

Cuida-se de categoria de interesses que requerem certa dose de “altruísmo” para sua persecução em juízo.

Suponhamos que o governo autorize a construção de uma represa que ameace de maneira séria e irreversível o ambiente natural. Muitas pessoas podem desfrutar da área ameaçada, mas poucas - ou nenhuma - terão qualquer interesse financeiro direito em jogo. Mesmos esses, além disso, provavelmente não terão interesse suficiente para enfrentar uma demanda judicial complicada. Presumindo-se que esses indivíduos tenham legitimação ativa (o que é freqüentemente um problema), eles estão em posição análoga à do autor de uma pequena causa, para quem uma demanda judicial é *anti-econômica*.⁵

Ainda que o indivíduo, buscando reparar a lesão de seu patrimônio jurídico, venha a tomar a decisão de demandar e, ao final, triunfe em tal empreitada, o fato de vir a receber sua indenização, não garante que todo o restante da comunidade seja tutelada ou que o comando legal seja de forma geral observado.

Pelas regras tradicionais do processo era até possível assegurar o ressarcimento de um só sujeito de direito, mas não estava garantido o cumprimento pleno da lei em favor de toda a comunidade.

Uma solução que se abria então era a de, em tais situações (metaindividuais), restringir a atuação particular e deixar nas mãos do governo a proteção daqueles interesses mais amplos.

Essa opção de colocar, com exclusividade, nas mãos do Poder Público a tutela de tais interesses não se mostrava das melhores, haja vista que, infelizmente, em algumas situações, a violação desses vinha exatamente da parte daquele.

Como se vê, o reconhecimento daqueles interesses trans-individuais trouxe a constatação da insuficiência da disciplina do processo tradicional, que seus institutos (v.g., legitimação, coisa julgada, objeto litigioso) precisavam, com urgência, ser revisitados. Era a revelação da necessidade do direito processual melhor adaptar-se à tutela dos interesses difusos e coletivos em juízo.

Exigia-se um novo “perfil” de processo, mais adequado às peculiaridades dos conflitos emergentes da sociedade de massa. O sistema processual começou a buscar isso.

Em tal trilhar, faz-se importante registrar:

a) Lei da ação popular (Lei n. 4.717, de 29-6-65) – cuida-se de via processual, que conta atualmente com fundamento constitucional (inc. LXXIII, art. 5º,

⁴ Dificuldades lembradas por CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988, p. 26.

⁵ CAPPELLETTI, M. GARTH, B. op. cit., p. 27.

Const.), colocada à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público.⁶ Através de tal instrumento não se está a tutelar interesse individual do cidadão-autor, mas sim interesses maiores, da própria coletividade. “O beneficiário direto e imediato da ação não é o autor popular; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto”.⁷ Pode-se, através dessa, pugnar provimento judicial capaz de corrigir atividade administrativa lesiva do patrimônio público;

b) Lei da ação civil pública (Lei 7.437, de 24-7-1985) – essa lei trouxe ao sistema um instrumento voltado ao ressarcimento ou repressão a condutas lesivas *ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo e à ordem econômica* (art. 1º). A área cinzenta que se formou com a via processual anterior (ação popular) foi inevitável.⁸ Tal lei (LACP) constituiu passo determinante – não o único⁹ – à sistematização do processo civil coletivo brasileiro (*v. infra*);

c) Constituição Federal – a Constituição de 1988 restou conhecida por sua nítida preocupação com o *acesso à justiça*. Nessa linha, vale destacar dentre seus dispositivos: o reconhecimento da legitimação das entidades associativas (inc. XXI, art. 5º) e sindicatos (art. 8º, inc. III); a supressão da expressão “individual” da redação da cláusula do acesso à jurisdição (inc. XXXV, art. 5º); a previsão de legitimação para o mandado de segurança coletivo (inc. LXX, art. 5º); legitimação do Ministério Público para a ação civil pública (inc. III, art. 129);

d) Código de Defesa do Consumidor – O CDC trouxe não apenas uma disciplina material. Veio com esse diploma todo um arcabouço de normas processuais (Título III, “Da Defesa do Consumidor em Juízo”, arts. 81 a 104) aptas ao combate das práticas ilegais e abusivas. Daquele contexto, vale destacar: a definição dos direitos abarcados pela tutela coletiva (art. 81);¹⁰ o emprego da tutela específica (art. 84);¹¹ coisa julgada nas ações coletivas (art. 103). A aplicação do CPC, é claro, não está excluída, podendo ser observado subsidiariamente (art. 90).

Foram muitos passos nessa trajetória. Depois da LACP, outras leis vieram para tentar complementar todo esse sistema de processo coletivo.¹² O CDC

⁶ Cf. MANCUSO, Rodolfo Camarg. *Ação Popular*, 1ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 51-55.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 610.

⁸ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças. In: *Processo Civil e Interesse Público*, org. Carlos Alberto de Salles, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 139-146.

⁹ Ver ainda as leis n. 7.853/89 (para defesa de pessoas portadoras de deficiência), n. 7.913/89 (proteção dos investidores no mercado de valores mobiliários) e n. 8.069/89 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

¹⁰ Mesmo os direitos individuais homogêneos passaram a ter um tratamento “molecularizado”.

¹¹ que, posteriormente, com a reforma processual (Lei n. 8.952, de 13-12-1994), levou à inclusão do art. 461 no texto do CPC.

¹² Na evolução do processo coletivo, recordemos ainda o advento da Lei n. 8.429, de 2-7-1992, da improbidade administrativa.

cumpriu papel relevante nesse sentido.

No final, viu-se que o Código do Consumidor se revelou como um texto legal com eficácia, sob a ótica processual, para além das relações de consumo.

Vale a leitura do art. 21, LACP, que nos remete ao título da “Defesa do consumidor em juízo” do CDC (*supra*). Como destaca Nelson Nery Junior, “podemos aproveitar o sistema processual do CDC para aplicá-lo a toda e qualquer ação coletiva *lato sensu* que esteja prevista no sistema do Direito Positivo brasileiro”.¹³

Verificamos, ao final, no combinar de diversos textos normativos, a existência de um sistema integrado voltado à tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

No centro deste sistema, como vetores de princípios básicos, encontram-se o Código do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, que se complementam e integram recíproca e integralmente. Os outros diplomas integram esse mesmo sistema de forma secundária, tratando de particularidades de determinadas matérias. Todas estas demais leis são informadas igualmente pelos princípios da Lei da Ação Civil Pública e do Código do Consumidor.¹⁴

É uma técnica de “*complementação recíproca*” entre as disposições daqueles diplomas legais.

3. PROCESSO COLETIVO: EXECUÇÃO

A execução – seja essa considerada enquanto um *novo processo* (Livro II do CPC), seja tomada como uma *nova fase* do processo que gerou a condenação (v.g., art. 475-J, CPC) constitui aspecto fundamental do tema da “efetividade” (do processo), tão buscada em tempos atuais.

Já tivemos oportunidade de destacar, em texto anterior, que, quando falamos em ‘*crise da prestação jurisdicional*’, talvez não haja momento no qual essa seja tão sentida quanto na seara do processo de execução (v.g., problemas com a efetivação de ordens judiciais ou no cumprimento de decisões em face do Poder Público, dificuldades na execução por quantia contra o devedor particular), área na qual está-se exatamente cuidando da realização material de situações reconhecidas em lei ou sentença.O grande desafio é exatamente esse: assegurar à parte (vencedora) aquilo que essa viu reconhecido na sentença, exata e precisamente na medida de tal reconhecimento, nada mais nada menos. Assegurar, desta maneira, resultado equivalente àquele que essa teria com o espontâneo cumprimento da obrigação pela parte devedora¹⁵

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. O sistema do processo coletivo e o interesse público. In *Direito Processual Público*, coord. Carlos Ari Sunfeld e Cássio Scarpinella Bueno, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 254.

¹⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

¹⁵ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Efetividade do Processo: a Execução em momentos distintos da

É a manifestação do postulado da “*máxima coincidência possível*” no campo da atuação executiva do juiz.¹⁶

A exemplo do que se dá no processo individual, a execução também constitui momento relevante no plano do processo coletivo.¹⁷

Nesse plano, além de uma forma peculiar de liquidação,¹⁸ assumindo-se posição de vanguarda, apostou-se numa técnica executiva que deixa de lado a idéia de separação nítida entre as atividades (processos) de conhecimento e de execução.¹⁹

Quanto ao momento liquidatório, vemos ali que as vítimas e seus sucessores, bem como os legitimados do art. 82, CDC, poderão promover a liquidação (e a posterior execução) da sentença prolatada em ação coletiva.

A liquidação de sentença, cuidando-se de condenação genérica relativa a direitos individuais homogêneos, é especialíssima. Seu objeto “é mais amplo que o da autêntica e tradicional liquidação, porque inclui a pretensão do demandante ao reconhecimento de sua própria condição de lesado, ou seja, *pretensão à declaração de existência do dano individual alegado*”.²⁰ A decisão não se limita, pois, à mera declaração do *quantum*, como ocorre no processo comum. Além daquela tradicional declaração, ao julgador caberá dizer (também declarar) que a parte é efetivamente credora de uma indenização.

Sob a ótica do credor habilitante, esse “deverá provar a existência do dano individual, o nexó etiológico com o dano globalmente causado (*an debeat*), bem como o valor do prejuízo individual”.²¹ Investigar-se-ão fatos referentes ao dano individualmente sofrido pela parte. Teremos, ao final, em caso de procedência, duas declarações: “a) a de que o demandante é credor por uma indenização e (b) a de que o valor desta é aquele que houver sido apurado”.²²

Além de aspectos no campo da tutela ressarcitória, chegaram outras inovações: veio a *tutela específica* da obrigação de fazer e não fazer.²³

Naquele art. 84 CDC valeu-se o legislador da conjugação de tipos diversos

Reforma do CPC. In: *Execução Civil – Aspectos Polêmicos*, coord, João Batista Lopes e Leonador José Carneiro da Cunha, São Paulo: Dialética, 2005, p. 223.

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais*, in *Temas de Direito Processual*, 4ª. Série, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 221.

¹⁷ Sobre o tema, cf. Leonardo Greco, *Execução nas Ações Cíveis Públicas*, RDDP n. 2:55.

¹⁸ Ver arts. 95-98, CDC.

¹⁹ Cf. SALLES, Carlos Alberto. *Execução Judicial em matéria ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 240.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 631.

²¹ Cf. SHIIMURA, Sérgio. *A Execução Coletiva e os Direitos Individuais Homogêneos*. In: *Execução Civil – Aspectos Polêmicos*, coord, João Batista Lopes e Leonador José Carneiro da Cunha, São Paulo: Dialética, 2005, p. 353.

²² Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições ...*, op. cit. p. 632.

²³ Vide art. 84, CDC.

de provimentos, em especial, *mandamentais* e *executivos lato sensu*. Conseqüência direta disso é que aqueles provimentos, para sua respectiva atuação, não precisariam de *execução ex intervallo*, mediante ação executiva autônoma.

Aquela técnica foi “exportada”, com praticamente a mesma literalidade, do CDC para o CPC (art. 461).

O artigo veio em prol da idéia da tutela jurisdicional efetiva e mais ampla possível. Cuida a norma,

“não somente de obrigações da fazer ou não fazer de origem *negocial* com também de deveres legais de abstenção, tolerância, permissão ou prática de fato ou ato. Quanto aos deveres legais, os chamados ‘*deveres absolutos*’, ligados ao direito da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, merecem particular atenção”.²⁴

Vale ressaltar que aquela *transposição de normas* (CDC → CPC) iniciou um autêntico ciclo, o qual prosseguiu com a adoção desta *executividade lato sensu* também para as obrigações de entrega de coisa (art. 461-A, CPC) e, por último, para as obrigações de pagar quantia certa (art. 475-J, também do CPC).

Tais normas – quer em sede do CDC ou do próprio CPC – objetivaram, sem dúvida, a superação de antigos obstáculos (dogma da intangibilidade da liberdade pessoal, infungibilidade da obrigação) e a maior proteção e atuação dos preceitos de direito material.

O arcabouço daquele artigo (art. 461, CPC)²⁵ conta, como vimos, com a previsão de medidas –sub-rogatórias ou puramente mandamentais - capazes de, prescindindo da vontade do devedor, produzir a mesma situação final que ao credor era lícito esperar daquele (§5º, art. 461, CPC) e com o emprego de multas pecuniárias (*astreintes*), conhecidas medidas do sistema (§§ 4º, 5º e 6º, também do art. 461).

4. EMPREGO DAS ASTREINTES

O emprego das multas pecuniárias não é, de forma alguma, algo novo em nosso sistema. Importa contudo notar que, com a reforma processual, esse mecanismo foi bastante reforçado.

É válido recordar que, em suas origens, na França, havia uma relutância da doutrina em aceitar a utilização dessas multas (*astreintes*). Indagava-se então: como admitir uma “pena” sem lei anterior que a definisse?

Esses receios, contudo, não alcançavam a experiência prática da medida

²⁴ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 41.

²⁵ A exemplo daquele que lhe inspirou (art. 84, CDC).

que era bastante usada. Usava-se a multa como algo implícito e decorrente do *imperium*. Houve uma verdadeira criação jurisprudencial acerca do instituto.

Dali, da experiência francesa, é possível verificar algumas características (que até justificam algumas conclusões seguidas atualmente no direito brasileiro sobre o tema): primeiro, a multa seria medida “acessória” da condenação; segundo, qualificar-se-ia por deter elevada dose coercitiva; possuiria um certo caráter “arbitrário” (melhor, discricionário, v.g., fixação do valor); por fim, medida patrimonial que é, seu valor reverteria em favor do próprio credor (algo incoerente, considerados os seus fins, v. *infra*).²⁶

Dentre suas modernas características, impõe-se destacar:

a) sua possibilidade de fixação – e revisão (quer quanto ao valor, quer quanto à sua periodicidade, §6º, art. 461, CPC) – *ex officio*;²⁷ As multas poderão ser decretadas, mesmo de ofício, em qualquer fase do processo, na sentença ou em sede de decisão de antecipação de efeitos da tutela (§§4º e 5º, art. 461, CPC; §4º, art. 84, CDC);

b) outrora, somente as obrigações de fazer e não fazer eram destinatárias das multas pecuniárias; hoje, as obrigações de entrega de coisa também (arts. 287 e 461-A, CPC);

c) ficou explícito que as perdas e danos será a última das possibilidades (§1º, art. 461, CPC; §1º, art. 84, CDC),²⁸ vindo somente em último caso, frustradas todas as medidas possíveis à obtenção do resultado prático equivalente, caso pugnadas pelo autor;

Para quem reverte o valor da multa? O código de processo é silente quanto a isso.

A doutrina conclui – certamente por inspiração da solução francesa (v. *supra*) - que o valor daquela reverte para a parte credora e não para o cofre do Estado.

Consideradas a natureza não ressarcitória e a finalidade da multa como medida moralizante e assecuratória do cumprimento das ordens da Corte, extrai-se que tal conclusão soa incoerente.²⁹

Mais coerentemente, o valor da multa deveria ir, portanto, para a pessoa jurídica de Direito Público à qual pertença o órgão judicial que a aplicou e que teve sua determinação descumprida.

²⁶ Acerca das *astreintes* e suas origens na França, cf. GUERRA, Marcelo. Execução Indireta, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1998, p. 108-134.

²⁷ O processo coletivo deu passos pioneiros nesse sentido, admitindo a fixação oficial da multa (LACP, art. 11).

²⁸ Clara também a possibilidade de cumulação da multa com o valor das perdas e danos (§2º, art. 461, CPC; §2º, art. 84, CDC).

²⁹ Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *op. cit.*, p. 210.

Apesar da solução empregada no processo tradicional, no âmbito do processo coletivo, a solução há de ser diversa.

Ali, existem os “fundos” legalmente previstos (art. 13, Lei 7.347/85, LACP; art. 99, Lei 8.078/90, CDC; art. 214, Lei 8.069/90-ECA) destinados à reparação dos interesses lesados.

É preciso, todavia, verificar os momentos de incidência e de efetiva exigibilidade da multa.

Existem, sobre o tema, duas posições.

Uma primeira expressa a idéia de que a multa incidiria de logo mas somente seria exigível com o trânsito em julgado da sentença. É posição que decorre do receio de apenar quem, ao final, não era titular de obrigação qualquer. Tal posição segue antiga corrente da jurisprudência, forjada à luz da antiga ação cominatória.

José Carlos Barbosa Moreira, que chega a tecer notas positivas acerca da velha “ação cominatória”, lamenta que, à época, a mesma tenha sido tratada indevidamente pela doutrina, a qual entendeu incidir a multa apenas após o trânsito em julgado de sua sentença, “degradando-se em tutela condenatória comum, *sancionatória* portanto, a tutela preventiva idealizada pelo legislador”.³⁰

De outro lado, existe a posição de que, conforme o caso, a multa seria aplicável e exigível desde logo. Nada impediria a execução parcial e provisória dessa,³¹ a qual deve ser exigida logo que eficaz a decisão que a impôs, em outras palavras, quando não mais sujeita a recurso dotado de efeito suspensivo.

Imagine-se, por exemplo, a multa fixada em decisão que antecipa efeitos da tutela.³² Vai-se dizer, nessa situação, que o mais condizente com o regime geral da tutela antecipada seria reconhecer que, diante da eficácia imediata do provimento antecipatório, a multa seria desde logo exigível. Provisório sua imposição, igualmente provisória seria sua execução.

No plano do processo coletivo, contudo, é importante destacar a solução trazida pelo §2º do art. 12, LACP: “A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”.

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de Direito Processual - Segunda série*. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 29.

³¹ GUERRA, M. *op. cit.*, p. 212.

³² A questão também vem à baila se estivermos diante de multa fixada em sentença da qual caiba recurso apenas no efeito devolutivo, como ocorre, por exemplo, na ação civil pública (art. 14, LACP).

5. REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: *Temas de Direito Processual*, 4ª. Série, São Paulo: Saraiva, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Leonardo. Execução nas Ações Civis Públicas, *RDDP* n. 2:55.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças. In: *Processo Civil e Interesse Público*, org. Carlos Alberto de Salles, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- NERY JUNIOR, Nelson. O sistema do processo coletivo e o interesse público. In: *Direito Processual Público*, coord. Carlos Ari Sunfeld e Cássio Scarpinella Bueno, São Paulo: Malheiros, 2000.
- SALLES, Carlos Alberto. *Execução Judicial em matéria ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SHIMURA, Sérgio. A Execução Coletiva e os Direitos Individuais Homogêneos. In: *Execução Civil – Aspectos Polêmicos*, coord. João Batista Lopes e Leonador José Carneiro da Cunha, São Paulo: Dialética, 2005, p. 353.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Efetividade do Processo: a Execução em momentos distintos da Reforma do CPC. In: *Execução Civil – Aspectos Polêmicos*, coord. João Batista Lopes e Leonador José Carneiro da Cunha, São Paulo: Dialética, 2005.
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996.

A REFORMA PROCESSUAL PENAL. UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

*Paulo Quezado**

RESUMO

Neste artigo são analisados dois aspectos fundamentais da reforma processual penal: a investigação criminal e a prova

Palavras-chave

Reforma processual penal. Investigação criminal. Prova

ABSTRACT

This article analyzes two of the more important aspects of the Criminal Law Reform: the criminal investigation and the prove

Key-words

Criminal Law Reform. Criminal investigation. Prove

1. INTRODUÇÃO

Na condição de Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, recebemos o honroso convite de participar da Comissão de Estudos da Reforma do Processo Penal e da Lei de Execuções Penais, na companhia dos juristas Cezar Roberto Bitencourt, Alberto Zacarias Toron e Jacinto Miranda Coutinho.

Dessa forma, aproveitamos a oportunidade para estender crítica da comunidade jurídica de nosso País, linhas gerais do voto que proferimos, junto ao Conselho Federal da OAB, em processo encaminhado pela Câmara dos Deputados Federais, no qual analisamos dois pontos fulcrais da reforma processual penal: a investigação criminal e a prova.

Os projetos de lei que versam sobre tais matérias — PL n° 4.209/2001 e PL n° 4.205/2001 — após amplo debate pelos diversos segmentos da sociedade,

* Advogado em Fortaleza-CE.

com destaque na III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal ocorrida em Brasília, em agosto do ano 2000, apresentados à Câmara dos Deputados, em 12 de março de 2001, ainda sob o governo de Fernando Henrique Cardoso, já foram aprovados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Os projetos trazem a autoria de uma Comissão de notáveis das letras jurídicas deste País: Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nizardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (substituído por Rui Stoco), Rogério Laura Tucci e Sidney Beneti. Tendo como expositor dos Motivos da reforma processual o Ministro de Estado e da Defesa José Gregori.

Na Exposição de Motivos de ambos os projetos de lei constam, de forma concisa, as seguintes justificativas da reforma: por fim ao obsoletismo no desenvolvimento da investigação criminal, à burocracia excessiva, a superafetação de prazos e o caráter cartorial da investigação, o “inchaço” do inquérito policial, assegurar às partes maior participação nas atividades processuais, principalmente na formação do conjunto probatório; dispor sobre os pressupostos da permissão judicial para a prova antecipada prevista no art. 156; fixar expressamente a vedação e os limites de aceitação das provas ilícitas; simplificar a realização da prova pericial; agilizar o procedimento de produção de prova testemunhal.

Em suma, essas as motivações da reforma ao Código de Processo Penal de 1941, no que tange especificamente à investigação criminal e à prova, sobre as quais deitaremos nossa análise confrontando-as com as propostas legislativas oferecidas.

2. A REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA E O CÓDIGO-MODELO PARA IBERO-AMÉRICA

Não se pode desprezar a história, do contrário não se conhecerá o presente e nem se conseguirá projetar o futuro.

Não seria absurdo afirmar que o PL n° 4.209 tem seu nascedouro na década de 70, pois traz em sua essência os ideais do Anteprojeto do Código de Processo Penal, daquela época, de autoria de professores que estabeleceram as vigas mestras do processo penal deste País: José Carlos Moreira Alves (coordenador da comissão de estudos legislativos), José Frederico Marques (relator), José Salgado Martins e Benjamin de Moraes Filho.¹ Além do que, também buscou inspiração no Código-Modelo de Processo Penal para a Ibero-América (ou somente Código-Modelo).

Mas o que vem a ser o chamado Código-Modelo? Movidos pelo sonho da uniformidade legislativa, as comunidades ibero-americanas entenderam de criar

¹ Diário Oficial da União, suplemento ano 118, de 29/05/1970.

uma legislação que, como o próprio nome já diz, se apresentasse como modelo a todos os países que a compõem. O que, de certa forma, conduziria tais países a uma maior garantia da segurança e da justiça na aplicação do direito. A Prof^a. Ada Pellegrini Grinover participou ativamente da elaboração desse Código, cujo projeto foi apresentado nas XI Jornadas Ibero-americanas de 1988, no Rio de Janeiro, e posteriormente discutido nas XII e XIII Jornadas ocorridas em Mérida, na Espanha, em 1990, e em Cuernavaca, no México, em 1992. Diz-se também que o Código-Modelo formou-se com base nas propostas das V Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, em Bogotá-Cartagena, 1970²

Na síntese da Prof^a. Ada Pellegrini, o Código-Modelo surgiu como:

um modelo institucional que se serve de uma proposta básica, mas ao mesmo tempo concreta e operativa, dos mecanismos aptos a solucionar pacificamente os conflitos sociais, por intermédio dos órgãos jurisdicionais. A elaboração, especificamente, de um Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América significa atender à imperiosa exigência de estimular um profundo movimento de reforma em todos os países da comunidade hispano-luso-americana que, em grande parte, ainda estão atrelados ao processo penal antigo, em que a justiça penal tem funcionado segundo um modelo alienado do controle social e da transparência democrática. Um modelo apegado a ritos superados e a fórmulas inquisitoriais, no qual continuam a prevalecer a falta de respeito à dignidade humana, a delegação das funções judiciárias, o segredo, a ausência de imediação, e todas aquelas características que repugnam ao processo penal moderno³.

As propostas do Código-Modelo são o reflexo, com poucos adendos, do previsto pela reforma processual penal brasileira, que já se arrasta há anos no Congresso Nacional. Em suma, indica Ada Pellegrini: a) a ênfase ao respeito à dignidade do suspeito ou acusado; b) adoção do modelo acusatório; c) transparência dos procedimentos; d) a busca de eficiência do processo; e) a desburocratização da organização judiciária; f) a participação popular na administração da justiça; g) diversos mecanismos de seleção de casos; e h) a globalidade da reforma⁴.

Após 1970, o então Ministro da Justiça Maurício Corrêa nomeou Sálvio de Figueiredo Teixeira, à época Presidente do Superior Tribunal de Justiça, para presidir a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal⁵. A Comissão, formada com vista aos fins de simplificar e acelerar o processo penal, apresentou 17 Anteprojetos. Os Anteprojetos de 1994, na suma teleológica de Eduardo Reale,

² Na obra, *O processo em evolução*, publicada pela editora Forense, a Prof. Ada Pellegrini Grinover fala sobre a origem, os propósitos e os pontos importantes do projeto Código-Modelo.

³ GRINOVER, A. op. cit., p.207

⁴ GRINOVER, A. op. cit., p.208.

⁵ Os detalhes desse histórico podem ser lidos na obra de Eduardo Reale Ferrari, *Código de Processo Penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*, publicada pela editora Millennium, em 2003.

tinham como alvo mor resguardar o “garantismo e eficiência, compreendido o primeiro como observância rigorosa dos direitos das partes e sobretudo da defesa, visando a que a função jurisdicional se legitimasse por intermédio de um processo que primasse pelo *due process of law*, constituindo a eficiência sinônimo de instrumentalidade da persecução penal, com primazia aos meios de aferição da inocência do acusado, demandando vias processuais mais simples, acessíveis, racionais e céleres”⁶.

Vira e mexe daqui e acolá, com mudanças significativas pelo Executivo e os projetos retornando ao Legislativo, fato é que, chegando ao governo Fernando Henrique Cardoso, seu Ministro da Justiça, Nelson Jobim, argumentando que os projetos deveriam ser analisados à luz da Lei dos Juizados Especiais, retirou-os do acalorado trâmite legislativo no Congresso Nacional. Felizmente, em 1999, por empenho do novo Ministro da Justiça, José Carlos Dias, a reforma processual penal voltou à mesa dos debates legislativos, encaminhando ao Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) solicitação de propostas à reforma. Igual força de vontade encontrou-se em seu sucessor, o Ministro José Gregori.

O Ministro José Carlos Dias criou a Comissão que inicialmente citamos, tendo em sua presidência a jurista Ada Pellegrini Grinover. No final de mais algumas idas e vindas, sobraram apenas 07 Anteprojetos de reforma do CPP, todos de 2001, que são os seguintes, conforme a ordem das matérias codificadas:

- 1.PL 4.209 – sobre a investigação criminal;
- 2.PL 4.208 – sobre a prisão, as medidas cautelares e a liberdade;
- 3.PL 4.204 – sobre o interrogatório do acusado e defesa efetiva;
- 4.PL 4.205 – sobre a prova;
- 5.PL 4.207 – sobre a suspensão do processo, a *emendatio libelli*, a *muttatio libelli* e novos procedimentos;
- 6.PL 4.203 – sobre o Júri;
- 7.PL 4.206 – sobre os recursos e as ações de impugnação.

Mas será que historicamente o País está preparado para tal reforma processual? Vê-se como realmente necessária referida reforma?

3. O CLAMOR DO ESTADO MODERNO POR UMA REFORMA PROCESSUAL PENAL

O homem produz história e, ao mesmo tempo, é moldado pela história. Não há como distanciá-lo dos valores dominantes de seu tempo. Assim, tudo

⁶ FERRARI, E. op. cit. p. 2.

que elabora leva a marca axiológica de sua época. Dessa forma, o direito também, como produto humano que é.

A partir de 1937, instaurou-se no Brasil uma forma de governo tida como “forte”, autoritária, centralizadora, sob o comando de Getúlio Vargas, que se estendeu até 1945. Era o chamando “Estado Novo”. A época também marcava-se pela influência global da Segunda Guerra Mundial. E apesar do País declarar guerra contra a Alemanha e a Itália, agia-se internamente conforme a ideologia fascista, com o fechamento de partidos políticos, censura à imprensa, palavras de ordem contra todo aquele que se punha contra a política do Governo, culto à personalidade do chefe, populismo, nacionalismo etc.⁷

Nesse clima político, em que a liberdade como direito fundamental é o que menos se vira preservar, foi que surgiu nosso atual Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. O Ministro da Justiça, autor da Exposição de Motivos, fora o jurista Francisco Campos, respeitado homem de ciência que acreditava que os interesses nacionais só poderiam ser identificados e concretizados por uma elite intelectualizada composta de técnicos, políticos e militares. Seu pensamento vem sintetizado na frase transcrita pela Professora em Ciência Política, da Universidade Federal Fluminense, Maria Celina D´Araújo, que diz: O regime político das massas é a ditadura.⁸

O pensamento de Francisco Campos, de certa forma legitimando aquele Estado ditatorial, vem expresso na Exposição de Motivos do CPP/1941⁹:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.

E por fim, conclui o Ministro:

...Se ele (CPP) não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais. (Parêntese nosso.)

Não há dúvida, portanto, que o CPP de 1941 nasceu sob o forte influxo do perfil ditatorial do “Estado Novo”. O que, à evidência, frente à presença de um Estado “forte”, não há muito para comemorar em prol dos direitos e garantias

⁷ D´ARAÚJO, Maria Celina. *A era Vargas*. São Paulo: Moderna, 1997. Ver também: ROIO, José Luiz del. *O que todo cidadão precisa saber sobre o fascismo*, São Paulo: Global, 1987.

⁸ D´ARAÚJO, M. op. cit. p. 93.

⁹ CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do CPP/1941*. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 10 de dezembro de 2006.

fundamentais, além de muitos outros aspectos analisados a partir do princípio do devido processo legal. Sendo assim, a reforma é mais do que necessária e já chega com largo atraso, pois o caráter democrático do Estado moderno fez comprometer parcela considerável do CPP vigente. O ideal, portanto, seria que a reforma viesse de forma completa e não “há retalhos”, permitindo maior alcance sistêmico da matéria.

Reformas pontuais como essa trazem o risco de violações flagrantes aos princípios constitucionais que informam o processo penal, como foi o caso da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que criou “nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal”, mas felizmente já julgada inconstitucional pelo STF (ADIs 2860 e 2797, ambas de 2005, Informativo 401).

4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REGENTES DO PROCESSO PENAL

Uma reforma legislativa só alcançará êxito se estiver criteriosamente em harmonia com a Constituição do País. Destarte, falar em reforma processual penal é antes falar dos princípios constitucionais que orientam o sistema processual penal.

As reformas pontuais em desenvolvimento, nos campos da investigação criminal e da prova, devem ser informadas principalmente pelos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da jurisdiicionalidade (art. 5º, LXI), da presunção de inocência (art. 5º, LVII), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do razoável prazo do processo (art. 5º, LXXVIII), da vedação à prova ilícita (art. 5º, LVI); tudo isso à luz da linha mestra do sistema acusatório.

Todos esses vetores, em sua essência, vão contra as características do processo penal vigente, apontadas ordenadamente por Pacelli¹⁰, para quem a presunção de culpabilidade norteou toda a elaboração do Código de Processo Penal. Conseqüentemente, trata-se o acusado como potencial e virtual culpado, faz-se prevalecer a segurança pública frente à garantia da liberdade individual, transforma-se o juiz em investigador pelo impulso de uma verdade “real” utópica, o ranço inquisitivo do interrogatório do réu, enfim, tudo aquilo que se extrema da ideologia do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 rompeu com o autoritarismo do processo penal de 1941, trazendo um conjunto de princípios e regras conduzidos pelo equilíbrio entre — como diz a Prof^a. Ada Pellegrini — “os dois valores fundantes do novo processo penal no mundo inteiro”: o garantismo e a eficiência. O “garantismo, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos públicos das partes, e, sobretudo

¹⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3ª ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 7.

da defesa, como no enfoque objetivo de tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Eficiência, que se desdobra em efetividade do processo penal, como instrumento da persecução penal, e em eficácia dos direitos fundamentais, também tutelado por intermédio do processo¹¹.

Sobre a temática do garantismo penal, discorre longamente Ferrajoli¹², para quem, em última análise, uma teoria do garantismo penal está jungida obrigatoriamente ao Estado de Direito Democrático e não apenas ao Estado de Direito, sinalizando para um mínimo de poder ao Estado e um máximo de liberdade ao indivíduo, e que o Estado, em sua atuação, vincula-se não só à legalidade por um prisma formal, mas também substancial, devendo canalizar sua atuação em prol da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Com o garantismo, a ordem política toma rumo diferente, agora em prol dos direitos e garantias fundamentais ou, melhor dizendo, nas palavras conclusivas de Merlin Clémerson Clève, ao escrever sobre os novos paradigmas do direito constitucional, “a Constituição deixa de ser um documento do Estado e para o Estado para afirmar-se como documento também da sociedade e, por isso mesmo, do ser humano dotado de dignidade. O Estado é instrumento a serviço do homem, e não o contrário¹³”.

A técnica processual, então, para operacionalizar os valores do garantismo e da efetividade é o sistema acusatório. Enquanto no sistema inquisitivo, as funções primordiais do processo penal (investigar, acusar e julgar) concentram-se em uma só pessoa; no sistema acusatório, quem investiga difere de quem acusa, que, por sua vez, não se identifica com o julgador. Isso por uma razão simples: “Um país democrático evidentemente deve possuir, até porque a Constituição assim o obriga, um Código de Processo Penal que adote o sistema acusatório, eminentemente garantidor¹⁴”.

Através do princípio da unidade constitucional, podemos entender como consequência natural de um país democrático a adoção do princípio do devido processo legal, que, por sua ampla dimensão, formal e material, conduz o intérprete e aplicador da interpretação legal aos demais princípios influentes no processo penal. A Constituição dispôs, no art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa”. O contraditório que hoje, pelo novo processo penal ou processo penal constitucional, deve ser visto também como a garantia

¹¹ GRINOVER, A. *op. cit.* p. 206 e 216.

¹² FERRAJOLI, Luigi *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. Prefácio da 1ª edição de Norberto Bobbio. São Paulo: RT, 2006, p. 785-832.

¹³ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Direito Constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processo de integração*. In: *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho*. BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). São Paulo: Malheiros Editores; Fortaleza: Faculdade Christus, 2006. p. 39

¹⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito ao devido processo legal*. In: *Princípios penais constitucionais*. Ricardo Augusto Schmitt (org.). Salvador: JusPodivm, 2007, p. 127

de uma participação simétrica das partes. E a ampla defesa, complementando o contraditório, que garante a efetividade dessa participação¹⁵.

Tão importante essa visão avançada da ampla defesa e contraditório, que o STF já declarou a nulidade de processo em que o defensor tinha se limitado em sua defesa a pedir a condenação ao mínimo legal. Por essa razão, tem sumulado que “a renúncia do direito de apelação, manifestação sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta” (705), e que “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo” (707). Tudo isso em prol da efetividade da ampla defesa.

Ainda no passo do devido processo legal, informa o princípio da jurisdiicionalidade que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, que, mais especificamente, significa dizer que nenhuma prisão cautelar, fora a prisão em flagrante, pode ser decretada sem ordem judicial escrita e fundamentada (art. 5º, LXI e LIV, CF).

Outra garantia constitucional do novo processo penal é o princípio do juiz natural, participante importantíssimo do ideal almejado que é o processo justo. Por esse princípio, tem-se a exigência de que a competência judicial deve ser preestabelecida ao fato e, hoje, com a Constituição, que a competência seja prefixa pela Lei Maior e não por lei norma infraconstitucional. Dessa forma, observar-se-á o que o intento constitucional: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII). Fiel a esse princípio, decidiu o STF:

Considerando, ademais, que o § 2º do art. 84 do CPP veiculou duas regras — a que estende, à ação de improbidade administrativa, a competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do § 1º do citado artigo — concluiu-se que a primeira resultaria na criação de nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal, e, a segunda estaria atingida por arrastamento. Ressaltou-se, ademais, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF, e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria. (Info 401, Pleno, ADIs 2860 e 2797)

O princípio da presunção de inocência, por seu turno, já previsto pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 9º), em 26 de agosto de 1789, é uma das vigas mestras do Estado garantista, protetor dos direitos fundamentais. Perfilhando o ensinamento de Ferrajoli, escreve Aury Lopes Jr. que a presunção de inocência é um “princípio fundamental de civilidade, fruto de opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de alguém culpável. Isso porque,

¹⁵ OLIVEIRA, E. op. cit. p. 23-24.

ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos”¹⁶.

Partindo da idéia de que o imputado é inocente, até que prove o contrário, há que dispensá-lo um tratamento de restrições mínimas de seus direitos fundamentais antes e durante o processo, ser tratado apenas como investigado durante as investigações criminais (e não como indiciado) e ser lançar todo o ônus probatório e da autoria nos ombros da acusação. Disposição legal que exija do investigado prova de sua inocência, até mesmo de excludentes de ilicitude e de culpabilidade, devem ter a constitucionalidade questionada.

Princípio que também informa a reforma do processo penal, o princípio do razoável prazo do processo encontra-se agora positivado nestes termos na Constituição: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (art. 5º, LXXVIII, EC nº 45/2004) O grande problema, que ainda persistirá, apesar do esforço do legislador constituinte reformador, diz respeito à ausência de um prazo demarcando o fim do processo. A pergunta que não calará: o que vem a ser razoável duração do processo? Atualmente, apenas a prisão provisória tem prazo limite fixado na legislação processual penal. Parece que a jurisprudência ainda ditará o limite temporal do processo. Ou não seria melhor dizer dilatará, tendo em vista que razões, como greve de serventuários da Justiça, expedição de cartas precatórias, pluralidade de réus, entre outras, têm sido alegadas para ultrapassar o limite de 81 dias para a conclusão da instrução criminal (STF – HC 78978/PI, STJ – RHC 19682).

Passemos, a partir de agora, a tecer considerações pontuais aos projetos indicados. Para isso, por razões didáticas, transcrevemos as propostas de cada artigo e, em seguida, comentamos.

5. ALTERAÇÕES PROPOSTAS AO CPP (1941) PELOS PLS 4.209/01 E 4.205/01

5. 1. Da investigação criminal

Conforme as alterações propostas pelo PL 4.209/2001, o Título II do Livro I do CPP ganhará um acréscimo a sua epígrafe, que passará a ser “DO INQUÉRITO POLICIAL E DO TERMO CIRCUNSTANCIADO”. O que, até certo ponto, parece tornar mais didático o uso do instrumento jurídico — Termo Circunstanciado, até pela fórmula de como elaborá-lo prevista no art. 5º do projeto. Além disso, não vemos a priori nenhuma incompatibilidade legal com a Lei 9.099/95 e seus princípios regentes (art. 2º).

Não se pode deixar de louvar a proposta no que toca à participação judicial

¹⁶ LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos de instrumentalidade constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 186.

no estágio pré-processual, pois de íntima sintonia com o sistema acusatório, o qual prevê a clara separação das funções de investigar, acusar e julgar. Pelo art. 4º do PL 4.209/01, ao juiz já não caberá mais requisitar a abertura de inquérito policial. Este somente poderá ser requisitado pelo Ministério Público, requerido pelo ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo ou aberto de ofício pela autoridade policial. O máximo que poderá ocorrer é o juiz enviar as informações que dispõe sobre o caso ao Ministério Público, que requisitará ou não a abertura do inquérito.

Assim, o projeto tenta preservar o princípio processual que muito contribui para o ideal do processo justo — a imparcialidade do juiz, antes mesmo do processo iniciar-se. Na ótica de Eduardo Reale, mudanças “com consequências inclusive na seara penal, vez que não poderá, no exercício do seu mister, ser sujeito ativo do crime de denúncia caluniosa e muito menos de falsa comunicação de crime ou contravenção, vez que não dará causa ou provocará a instauração da investigação criminoso”¹⁷.

Ainda nesse mesmo tema, também digno de louvor, porque fiel à essência do sistema acusatório e, conseqüentemente, à garantia constitucional da imparcialidade do juiz, a redação proposta ao art. 28 do CPP, não mais prevendo a participação ativa do juiz no procedimento de arquivamento do inquérito policial, requerido pelo Ministério Público.

Conforme a redação do art. 28 do CPP em vigor, se o Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito ou de quaisquer peças de informação, o juiz analisará as razões do arquivamento, podendo considerá-lo improcedente e remetê-lo ao procurador-geral para que este ofereça denúncia. Com a nova redação, o Ministério Público, convencendo-se de que não há base razoável para apresentar denúncia, promoverá o arquivamento do inquérito e remeterá, em 3 dias, cópias da promoção do arquivamento ao órgão superior do Ministério Público. Somente se ao fim for ratificada a promoção, o juiz cumprirá apenas o arquivamento, realizando atividade meramente administrativa. Enfim, tudo ficará sob os cuidados do titular da ação penal, o Ministério Público.

O § 1º, do art. 4º, do PL 4.209/01 acresce que o inquérito policial, no caso de ação penal pública, também somente poderá ser instaurado mediante requisição do Ministro da Justiça e que, no § 4º, o ofendido ou quem tiver qualidade para representá-lo poderá requerer o início das investigações não só à autoridade policial, mas também dirigir-se ao Ministério Público para que este a requirite. Portanto, o Projeto vem nesse ponto a estender a legitimidade para a abertura do inquérito policial.

Na linha do princípio da presunção de inocência, o PL 4.209/01 não utiliza mais a expressão “individualização do indiciado” para o requerimento de abertura das investigações criminais, mas “individualização do autor do fato”. No art. 6º, IV, o Projeto também trocou o “ouvir o indiciado...” por “ouvir o investigado”. Isso porque indiciado quer dizer, em última análise, sinal de indicação do autor

¹⁷ FERRARI, E. op. cit. p. 19.

do delito. Sérgio Marques de Moraes Pitombo traz o seguinte ensinamento:

indiciamento compõe-se, sob o ângulo etimológico, da palavra *indício*, forma divergente de *endz*, mais o sufixo *amento*. A voz substantiva *endez*, derivante do latim *indicii*, significa indicação, sinal revelação e autorização para fazer acusação, ou denúncia. *Amento* é sufixo formador de substantivos de ação, movimento que, no caso, guardando uma das funções latinas, possui idéia coletiva. Indicar, sob o enfoque antes mencionado, consiste, pois, em mostrar por vários indícios, permitindo acusação. Indiciamento é o ato, ou efeito, de assim o fazer¹⁸.

Pelo § 5º, art. 4º, do PL 4.209/01, haverá prazo (5 dias) para o recurso do indeferimento do requerimento de investigação criminal, o que, certa forma, enfraquece os poderes do delegado de polícia neste início da fase pré-processual, além do que fortalecerá o controle estatal sobre o indeferimento de abertura do inquérito, podendo o autor do requerimento indeferido também representar ao Ministério Público. Outro feliz reforço ao controle estatal à investigação, vem do dever de comunicar imediatamente ao Ministério Público a ocorrência de infração penal atribuída a policial (§ 7º, art. 4º do PL 4.209/01). Tudo isso, de certa forma, cumpre o mandamento constitucional de que cabe ao Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF).

Em prol do princípio do devido processo legal, da presunção inocência e, por conseguinte, do direito ao silêncio e do princípio do *nemo tenetur se detegere* (ninguém pode ser obrigado a participar de algo que o incrimine), o § 1º do art. 6º do PL 4.209/01 é constitucionalmente questionável, caso não se ressalve a possibilidade de o ofendido e o investigado aceitarem as medidas investigatórias previstas pelo art. 6º, como, por exemplo, a reprodução simulada dos fatos.

Concordamos com o relator, Deputado Federal Ibraim Abi-Ackel, para o aperfeiçoamento da redação legal, da substituição do termo *singelo* por *objetivo*, no § 3º, art. 6º, do PL 4.209/01.

Importante a proposta de fixação de um prazo para a abertura do inquérito policial (art. 9º PL 4.209/01), mas o problema será em saber quando a autoridade policial tomou ciência da infração penal para, a partir daí, começar a contagem do prazo de 10 dias para instauração do inquérito. Por essa previsível problemática, somos em favor da sugestão de Eduardo Reale, para quem se deve “estabelecer legislativamente, que não pode a autoridade policial deixar de se manifestar em prazo superior a dez dias contados do protocolo do requerimento de instauração de um inquérito policial por parte da vítima, destacando-se que, no caso de requisição por parte do Ministério Público, o prazo dever-se-á contar da data do protocolo de recebimento da requisição na Delegacia de Polícia...”¹⁹.

O art. 9º do PL 4.209 vem felizmente (§ 4º), embora já com muito atraso,

¹⁸ *Apud* FERRARI, E. op. cit., p. 25

¹⁹ FERRARI, E. op. cit. p. 19.

pôr fim ao burocrático envio dos autos do inquérito policial ao titular da ação penal, o Ministério Público, tirando o juiz da função de intermediário desse procedimento. Isso porque a proposta legislativa prevê que os autos do inquérito serão encaminhados diretamente ao Ministério Público, em 20 dias, sem prejuízo da continuidade e da realização de outras diligências tidas como necessárias, que serão especificadas pela autoridade policial, cujos resultados serão imediatamente transmitidos ao mesmo órgão. Ponto também que se harmoniza com o desiderato da reforma — desburocratizar o desenvolvimento da investigação criminal.

O art. 10, em seu § 1º, traz importante demonstração de que a reforma vem reforçar uma maior fiscalização da atividade policial por parte do Ministério Público, como prevê a Constituição (art. 129), pois, pela regra proposta, excedido qualquer dos prazos fixados à política judiciária, o fendido poderá, além de recorrer à autoridade policial, representar ao Ministério Público, com o fim de finalizar o inquérito e determinar a responsabilidade da autoridade policial e de seus agentes.

Na tentativa de pôr um ponto final a muitos absurdos cometidos na fase de investigação contra o direito à imagem, à vida privada e à intimidade do investigado (art. 5º, X, CF), o art. 20 do PL 4.209 dá um bom passo ao requerer da autoridade policial, do juiz e do Ministério Público, durante as investigações criminais, providências necessárias à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua exposição aos meios de comunicação. Resta saber se este dispositivo terá eficácia frente à avidez por Ibope de alguns meios de comunicação inescrupulosos deste País! Em tese, pelo menos, a regra é de perfeita sintonia com o Estado garantista, onde as garantias e direitos fundamentais estão acima qualquer interesse de mercado.

A incomunicabilidade do preso, vedação indiscutível proposta pelo art. 21 do Projeto, cumpre também os ditames constitucionais dos arts. 136, § 3º, e art. 5º, LXVIII, da Constituição, sem as ressalvas previstas na redação atual do art. 21. Se nem durante o estado de defesa, o preso pode ser ficar incomunicável, nem se pode imaginar o contrário em dias de normalidade. Aceitar a incomunicabilidade do preso, seria negar ao investigado, por via oblíqua, todos seus direitos garantidos no art. 5º da Constituição e regressar aos idos do Estado inquisitor.

5.2. Da prova

O art. 155 do PL 4.205/2001 preserva o princípio do devido processo legal e, mais especificamente, o contraditório (paridade de armas) e a ampla defesa (efetiva participação das partes), ao vedar a fundamentação exclusiva da sentença nas provas colhidas na fase inquisitória. Isso porque nessa fase ainda não há a possibilidade de o investigado contraditar os elementos probatórios

colhidos contra ele. Tais elementos servirão apenas à formação da *opinio delicti* do Ministério Público. No entanto, caso tais provas sejam reiteradas na fase processual, não haverá obstáculo a que sejam utilizadas como fundamento da sentença penal.

Essa linha de entendimento do PL 4.205 só vem fortalecer o papel do julgador em um Estado de Direito de perfil democrático como nosso, onde se possibilita a simétrica participação das partes e que o magistrado aproxime-se o possível de uma convicção imparcial do caso concreto.

A Ada Pellegrini registra a seguinte realidade processual: “na prática é relevante a influência dos elementos do inquérito sobre a formação do convencimento do juiz”²⁰. E não somente sobre o juízo cautelar, mas também sobre o juízo de mérito. A razão disso, expõe a jurista: primeiro, porque o mesmo juiz é quem decide sobre a admissibilidade da acusação e sobre o mérito da causa; e segundo, porque os autos do inquérito vão apensados ao processo. Frente a essa constatação, propõe a criação de um juízo de admissibilidade diferente do juízo de mérito, prevendo uma fase processual preliminar conforme o Código-Modelo, que, após, ingressaria na fase seguinte sem os autos do inquérito, permitindo o juiz formar livremente sua convicção de mérito.

O art. 156 do PL 4.205 observa fielmente o princípio da presunção de inocência, quando impõe toda a carga probatória à acusação. A produção de prova cautelar, antecipada e irrepetível não deixará de observar o princípio do contraditório, embora de forma diferida, como assim já esclarece a Exposição de Motivos. No entanto, como medida de cautela frente às garantias constitucionais, o projeto exige do juiz que fundamente a decisão excepcional de se colher prova antecipada com base nos critérios que informam o princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade estrita). O que também vai de encontro ao princípio da persuasão racional. Aqui, mais uma vez, são postos limites constitucionais à atividade do Estado (juiz), em última análise, para que uma medida de teor excepcional não vire regra em pleno Estado Democrático de Direito e, assim, continue com as práticas do sistema inquisitivo, quando o juiz gozava de super-poderes.

Outra preocupação da reforma foi quanto à utilização das provas ilícitas no processo. A Constituição diz, no art. 5º, LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Bem, infelizmente o art. 157 do Projeto poderia ter tratado também das provas ilegítimas, pois há muito a doutrina e a jurisprudência vêm classificando as provas ilegais em ilícitas (quando violam direito material) e ilegítimas (quando violam direito processual). Por outro lado, a referida ausência não tira o brilho constitucional da redação proposta, que também prevê expressamente vedação ao aproveitamento das provas ilícitas por derivação, consagrando positivamente a teoria americana dos *fruits of the poisonous tree* (ou frutos da árvore envenenada), como inclusive

²⁰ GRINOVER, A. op. cit. p. 240.

o STF há muito vinha orientando seus julgados em torno da questão.

Adotamos, todavia, a sugestão de Pacelli²¹ no que toca ao perigo de uma vedação absoluta do uso das provas ilícitas por derivação. Diz o processualista que se todas as provas advindas da existência de crime forem tidas como ilícitas,

“será muito fácil ao agente do crime se furtar à ação da persecução penal. Bastará ele mesmo produzir uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, com violação a seu domicílio, por exemplo, para trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a apuração daquele delito então noticiado”.

Ao que propõe o autor,

“uma adequada tutela também dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se toda a atuação estatal investigatória estaria contaminada, sempre, por determinada prova ilícita”.

Importante também foi o PL 4.205 preocupar-se em afastar o juiz que tomou conhecimento da prova ilícita da prolação da sentença (art. 157, § 3º). Assim, mais vez a imparcialidade judicial vê-se preservada, o que leva a maior garantia da efetivação de um processo justo.

A redação do art. 159, do PL 4.205, visando facilitar e agilizar a produção da prova, prevê apenas a necessidade um perito oficial, e não mais de dois, como encontra-se na redação processual vigente. A ser aprovada a redação do Projeto, o STF também terá que rever o disposto em sua Súmula 361, onde diz ser nulo o processo penal que conste exame realizado por um só perito. Seguindo ainda os passos da agilidade processual, o Projeto retira da legislação a obrigatoriedade de, nos locais onde não haja perito oficial, somente ser realizada a perícia por pessoa portadora de diploma de curso superior. Com a reforma, bastará ser pessoa idônea para exercer excepcionalmente a função pericial. A previsão de que a pessoa idônea tenha habilitação técnica é apenas preferencial, mas não exclusiva.

Ponto também digno de nota foi a observância, em amplo aspecto, do princípio do contraditório, ao permitir o § 3º, art. 159, do PL 4.205 que o Ministério Público, seu assistente, o querelante, o ofendido, o investigado e o ao acusado formulem quesitos e indiquem assistente técnico. Enfim, garantiu maior participação das partes na produção do material probatório, indo de encontro ao ideal democrático do novo processo penal.

O art. 212 do Projeto, também na linha de agilização do processo, dispõe que o juiz não intermediará a inquirição às testemunhas, podendo as partes fazê-lo diretamente, embora o juiz continue como fiscal das indagações formuladas pelas partes.

²¹ OLIVEIRA, E. op. cit. p. 360.

Sem mais, eis aí nossa análise sobre os pontos que julgamos significativos da reforma processual penal ao CPP/1941.

6. BIBLIOGRAFIA

CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do CPP/1941*. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 10 de dezembro de 2006

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processo de integração. In: *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho*. BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). São Paulo: Malheiros Editores; Fortaleza: Faculdade Christus, 2006.

D`ARAÚJO, Maria Celina. *A era Vargas*. São Paulo: Moderna, 1997.

FERRARI, Eduardo Reale. *Código de processo penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*. São Paulo: Millennium, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. Prefácio da 1ª edição de Norberto Bobbio. São Paulo: RT, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos de instrumentalidade constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 186.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Direito ao devido processo legal. In: *Princípios penais constitucionais*. SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROIO, José Luiz Del. *O que todo cidadão precisa saber sobre o fascismo*. São Paulo: Global, 1987.



AXIOLOGIA E INTERPRETAÇÃO

*Raimundo Bezerra Falcão**

RESUMO

O presente trabalho contempla as interligações da Axiologia com a interpretação, principalmente a interpretação jurídica. Depois de traçar as dimensões conceituais de ambas, enseja a apreciação de como se dão tais interligações. Em seguida, conceitua valor e oferece uma classificação dos valores. Para isso, estampa quatro grupos classificatórios, a saber: a) quanto à legitimidade; b) quanto ao tempo; c) quanto à amplitude; e, d) quanto à matéria. Quanto à legitimidade, entende serem os valores positivos e negativos. Quanto ao tempo, engloba-os em permanentes, duradouros e efêmeros ou passageiros. Relativamente à amplitude, vê-os como universais, sociais, nacionais, populares e particulares. Enfim, quanto à matéria, observa que há tantas espécies de valor quantas são as atividades humanas. Assim, existem valores éticos – morais e jurídicos -, econômicos, políticos etc., tudo dependendo do bem que se deseja atingir. Para terminar, dá ênfase aos cuidados de que se deve revestir a interpretação, de modo que o intérprete não se deixe levar por suas tendências axiológicas, nem se faça inteiramente alheio a elas, caso este em que sua interpretação poderá ser inutilizada para os fins da obtenção de justiça, que é a sua razão de ser.

Palavras-chave

Axiologia. Interpretação. Valor. Classificação dos valores

ABSTRACT

This work focuses on the interconnections of axiology with interpretation, mainly the juridical interpretation. After measuring the concepts of both, it appreciates how such interconnections take place. Next, it establishes values and offers a classification of them in four groups, as follows: a) as to legitimacy, b) as to time span, c) as to amplitude and d) as to substance. As for legitimacy, it qualifies values as positive and negative. Concerning time span, values are considered to be permanent, longlasting, and ephemeral. As to amplitude, they are classified as universal, social, national, popular and particular. Finally, in what concerns substance, values are as numerous as are the human activities. Thus, values may be seen as ethical – moral and juridical -economic, political, etc, all depending on the point to be reached. Last but not least, this work emphasizes how important it is to be cautious in interpreting, neither letting axiological tendencies overinfluence judgment nor ignoring them, in which instance justice will not be accomplished.

Key-words

Axiology. Interpretation. Value. Values classification

* Livre Docente e Professor de Filosofia do Direito na graduação e de Hermenêutica no mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFC.

É sabido que a Axiologia é a parte da Filosofia que trata do valor. É também por demais conhecido ser a interpretação a atividade que, orientada pela Hermenêutica, possibilita a apreensão do sentido. E quando se cogita, aqui, de apreensão de sentido, não se está fazendo referência apenas aos objetos culturais do conhecimento – embora preponderantemente a estes –, porém até mesmo aos objetos naturais, de uma feita que eles também têm sua dicibilidade, ou seja, são capazes de “dizer” alguma coisa, o que os leva a serem passíveis de captação de sentido, isto é, de serem interpretados.

Dessa maneira, a atividade interpretativa não está imune às influências do saber axiológico. Com efeito, ao captar os sentidos daquilo sobre o qual se debruça, ou ao se esforçar para chegar a fazê-lo, o intérprete se encontra ligado aos valores que se agitam em seu íntimo, levando-o a esforçar-se com vistas ao atingimento de tal ou qual objetivo, à consecução desta ou daquela meta, sejam eles atinentes a seus interesses menos importantes, como é o caso dos valores que levam aos bens voltados ao mundo econômico, sejam eles vinculados às instâncias mais relevantes de sua vida, como sói acontecer com a obtenção de novas etapas cognitivas em seu intelecto, ou novos padrões de conduta em sua escalada moral.

Por conseguinte, há como que uma Axiologia da interpretação. Nela apontam-se os lineamentos por que se deve pautar o intérprete, no escopo de assimilação do melhor sentido que possa auferir do objeto sob interpretação. Tal convencimento conduz à afirmação de que valor e interpretação se constituem em duas coisas que se abarcam intrinsecamente, de sorte que esta não logrará bons resultados sem um forte lastro de percepção daquele. Desse modo, é preciso todo cuidado, por parte do intérprete, quanto às ciladas que suas tendências axiológicas podem armar-lhe. E esse cuidado exige, por óbvio, o domínio do saber estimativo. Daí fazer-se necessário estar quem interpreta apetrechado de sólida base de domínio da teoria dos valores, não somente no que diz respeito à dimensão ôntica do valor, mas também no que tange a sua classificação, uma vez que os valores se agrupam em espécies diferenciadas.

Alguns autores assinalam em tintas nítidas a dificuldade da conceituação de valor. Na verdade, cuida-se de algo que não é tão fácil. Todavia, é de observar-se que não se trata de tarefa intransponível, até pela circunstância de que é preciso transpô-la, não restando espaço para a acomodada posição de se ficar à margem do problema.

O homem é um animal axiológico. Além de não apenas viver, porém sobretudo **conviver**, está ele constante e diuturnamente – até mesmo porque convive - sendo chamado a **escolher**. Mas quem escolhe **prefere**. E quem **prefere estima**. Ora, estimar é **valorar**. E valorar é atribuir **valor**. Por isso, reveste-se de indisfarçável apelo dizer-se o que é valor.

Valor é toda força que, partindo lá do íntimo do ser humano, leva-o a movimentar-se, a se sentir estimulado ao atingimento de certo bem, este que se conceitua como tudo que é capaz de agradar. O valor vem lá de dentro,

parte lá do interior, às vezes com potência incontrolável. Valor é incentivo. Ele é forte. Definidor.

Bem é aquilo a que o valor almeja. Aquilo que anima o homem a, impellido pelas valorações, tentar alcançá-lo, por se haver revelado meta de sua existência, ou meta de uma parte de sua existência.

Enquanto o valor pode fazer o ser humano atuar, o bem é o objeto desse desejo atuante. Eis a razão pela qual se pode asseverar que o valor é vocação para a dinâmica, para o movimento. É ser. Pode, entretanto, ser um ser em estado de espera, enquanto só faz o homem aspirar a algo. Contudo, é também apto a ser num sendo, na medida em que a força íntima que o compõe tira-o da posição de estímulo estático para transformá-lo em atuação, impulsioná-lo para o movimento. Enquanto isso, o bem apenas é. É lá adiante. O agente forcejando por obtê-lo. Alguma coisa a ser alcançada. O valor é ser em si, quando ainda apenas leva o sujeito a querer chegar ao objetivo desejado. Todavia, pode também ser um ser-de-caminhada, com o fito de conduzir o sujeito até empalmar a meta pretendida.

Aqui, a importância de se classificarem os valores – e, em conseqüência, os bens que lhes são correspondentes, como ganhos, materiais ou não, a serem finalmente atingidos pelo esforço estimativo -, já que imensa é a gama das posturas axiológicas desenvolvidas pelo homem. Em decorrência, classificam-se os valores em quatro grupos: a) quanto à legitimidade; b) quanto ao tempo; c) quanto à amplitude; e, d) quanto à matéria. A cada uma dessas classes de valores há um bem equivalente e com igual denominação classificatória.

Quanto à legitimidade, o valor pode ser **positivo** ou **negativo**.

Valor positivo é todo aquele que recebe o aplauso e a concordância majoritária da sociedade. Poder-se-ia contra-argumentar que, não raro, a maioria do corpo social se engana e termina por aplaudir erradamente. Efetivamente, isso às vezes acontece em determinados grupos sociais. Entretanto, o mais amplo grupo social, que é a própria humanidade toda, não tende a errar majoritariamente quando acolhe determinado valor.

No âmbito de um povo ou de uma nação, ou no bojo de outro grupo social qualquer, em certos momentos, sói acontecer de a concordância da maioria voltar seu apoio a valores inadequados. Foi, por exemplo, o que provavelmente - pois não se sabe se as vozes forçadas a silenciar, pela violência do regime, eram minoritárias - aconteceu com a Alemanha nazista. Isso, contudo, não se verifica com a humanidade toda. Assim, mesmo admitindo que, na realidade, a maioria dos alemães apoiasse o nazismo, por causa da propaganda desencadeada com esse intento, tem-se de admitir que a maior parte da humanidade inteira recriminava-o com indiscutível vigor. E tal certeza advém do fato de que, em todo ser humano, por mais empedernido no erro que se mantenha, resta sempre, lá nos escrínios de sua interioridade, resquícos humanitários, porque, não obstante sua dimensão individual, pertence ele, antes de tudo, ao gênero humano. Não é ele um indivíduo qualquer. É um indivíduo humano.

O valor que não recebe essa ablução da maioria da sociedade é valor negativo. Verbera-o a maior parte do grupo social. Exprobra-o. Condena-o.

Relega-o à indignidade e à desafeição. Não deixa de ser valor, porquanto ferve, lamentavelmente, na alma do indivíduo, instigando-o a tentar obter um bem, igualmente negativo, que visa a alcançar. Para isso, mata ou morre. Oprime. Infama. Difama. Calunia. Furta. Rouba. Trafica. Dá-se ao lenocínio. Frauda. Pratica todos os desatinos, enfim. Porém, tudo isso ele o faz na solidão de uma alma encardida pelos seus erros. Isto é, sob os apupos da consciência moral majoritária no grupo, que se não conforma a tais desvarios. Mesmo assim é valor, porque se cogita de esforço que vem lá das profundezas de um ser humano desejoso de um bem tão distorcido quanto os valores por cujo intermédio se deseja tê-lo. Mas bem ilegitimado pelo não da sociedade, em sua fração maior.

Quanto ao tempo o valor se classifica como **permanente, duradouro e efêmero** (ou **passageiro**).

Antes de tudo, é preciso traçar algumas considerações acerca da inexistência de valor absoluto. Para ser absoluto o valor teria de não suportar limites no tempo nem no espaço. Ser desacompanhado de toda restrição. Mas tal só acontece com Deus. Só Ele é assim. Não, o homem. Poder-se-ia contrapor a afirmação de que o homem tende ao infinito, ao sobrenatural, uma vez que é dotado de uma alma imortal. Que ele é dotado de uma alma imortal não há dúvida. No entanto, a seidade do homem, enquanto homem, dá-se aqui na natureza, sujeita às leis do tempo e do espaço. Quando ele deixa de estar atrelado a tais leis, é porque morreu. E, aí, já não mais é homem, porém espírito apenas. Não está mais no reino das coisas que passam. Está na eternidade, reino das coisas que não passam. E, se não mais é ser humano, não há motivo para se aferir a respeito das valorações que possa fazer em termos de humanidade, esta que também passa. Considerando-se que não se encontra mais no campo da humanidade, e tendo em vista a conceituação de valor como algo que nasce no interior do homem como força capaz de impeli-lo à busca de bens, não há falar-se em valor absoluto, pois homem ele deixou de ser, para transformar-se em ser sobrenatural. Inalcançável, por conseguinte, pelas valorações terrenas.

Valor permanente é todo aquele que acompanha o ser humano desde a sua criação e que vai acompanhá-lo até o fim dos tempos. Para exemplificar, pode-se falar no incentivo que leva à defesa da vida humana ou à proteção da liberdade. Realmente, ainda quando nos mais primitivos momentos do ser humano sobre a face da terra, já buscava ele defender-se dos ataques a sua vida ou das amarras que tentassem coibir sua liberdade. É, pois, algo que permanece sempre no seio da humanidade, apesar de certos homens chegarem ao suicídio, caso em que não deixa de ser valor permanente, embora valor permanente quanto ao tempo; e, quanto à legitimidade, valor negativo, uma vez que somente o indivíduo que se suicida – talvez por um instante de insanidade – vê no suicídio um bem. Todavia, a humanidade, no seu conjunto majoritário, assim não pensa.

Duradouro é o valor que, mesmo não tendo a permanência do valor antes aludido, mantém-se presente por longo tempo. Atravessa muitas gerações. Vara séculos. Para melhor esclarecer a propósito dele, basta lembrar a civilização cristã ocidental, que já ultrapassa dois mil anos. Ou os valores de outras tendências religiosas, como o Budismo e o Islamismo, de igual forma já milenares. Pode-se lembrar, identicamente, a cultura da velha Hélade ou muita do que foi plantado pela cultura da Roma antiga.

É efêmero ou passageiro o valor que se não espraia pelas larguezas do tempo. Surge, às vezes, até com muita força, mas desaparece com a rapidez das coisas fugidias. Quase que inopinadamente. É o caso da moda, por exemplo. Vem e vai-se. Chega e não fica.

Quanto à amplitude o valor pode ser denominado **universal, social, nacional, popular e particular**.

Valor universal é aquele que abrange todo o universo. Desde que ali haja ser humano, exerce sua força tendente a conseguir bens. Não somente ostenta esse poder em dimensões universais como afeta o homem enquanto ser universal. Mais uma vez é possível exemplificar-se com a vocação do agir em defesa da vida humana e da liberdade, eis que ambos esses valores se encontram onde quer que se encontre o homem, seja no homem dos grandes aglomerados urbanos, seja aquele que vive anonimizado no interior das florestas ou insulado em meio aos oceanos, assim como na hipótese de alguém que, passageiro de uma nave espacial, esteja nas alturas, fora mesmo da atmosfera terrestre, ou em outro astro, como já aconteceu de estarem seres humanos na lua.

O valor é designado social quando abarca um determinado grupo social, tomado este em sua acepção sociológica adequada, isto é, quando se tem um conjunto de indivíduos humanos vinculados a uma certa estrutura e interagindo uns perante os outros, de sorte que haja influências recíprocas de maneira constante e funcional. Conforme veremos a seguir, não se confunde a idéia de grupo social com as idéias de nação ou de povo. São todas elas coisas distintas.

Diz-se que o valor é nacional quando se reporta à realidade de uma dada nação. E o que é nação? Cede-se a palavra ao mestre Paulo Bonavides: “A nação não se compõe apenas da população viva e militante, dos quadros humanos que fazem a história em curso. Deita a nação suas raízes espirituais na tradição, vive as glórias que ilustraram o passado, professa o culto e o chamamento dos mortos, reverencia a memória dos heróis e descobre com a visão do passado as forças morais de permanência histórica, que hão de guiá-la nos dias de glória e luto como nas noites de infortúnio e amargas vicissitudes. Mais do que povo, que resume apenas a responsabilidade e o destino de uma hora, que flui, a nação – soma e herança de valores – tem compromisso com a história; porque afirma em seu nome o presente e o passado, do mesmo passo que prepara o porvir, repartido este entre apreensões e esperanças, aspirações e sobressaltos”.¹

¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª. ed., revista e atualizada. São Paulo, Malheiros 1994

Valor popular é todo aquele que tem a ver com um povo. Entretanto, é preciso também dizer o que é povo. É o elemento humano quando, bafejado pelo Direito, tem a capacidade de chamar a si os meios aptos a influenciar a vida política do Estado. Há povo, no elemento humano existente no seio jurídico-político de um Estado, desde a ação política mais simples, como a participação doutrinal num centro acadêmico, até a atividade política mais elevada, como as grandes atuações parlamentares ou as imensas manifestações de massas sedentas de mudanças na quadratura estatal; desde o modesto esforço de quem deseja convencer um amigo a filiar-se a um partido político até o esforço coletivo de modificação das estruturas do poder político. E, para ser povo, não precisa que o elemento humano esteja na convulsão das ruas ou na fila das urnas. Pode estar em latência momentânea ou em potencial estado de tranqüilidade. Se tiver a potencialidade de jurídica e politicamente agir, é povo. E os valores que lhe digam respeito são valores populares.

Valor particular é aquele timbrado de individualidade. Aquele que traz consigo a marca particularística dos egoísmos ou das subjetividades. Seguem, freqüentemente, a gangorra do querer pessoal, muitas vezes em detrimento mesmo de todo o querer comunitário ou coletivo. É a espécie de valor que mais de perto afeta cada um ser humano, podendo deitá-lo a perder-se ou exalcá-lo a santificar-se. E, exatamente por aquele primeiro aspecto, é o que se revela mais propenso a entrar em conflito com outras espécies mais excelsas de valor, dada a voracidade que o homem é tentado a suportar.

Por fim, **quanto à matéria**, o valor recebe classificação consoante o tipo de atividade humana a que se reporte. E aí ele pode ser **ético - moral e jurídico - econômico, político etc.** Tudo depende do bem que se esteja tentando conseguir.

Pelo acima exposto, percebe-se, claramente, que existem afinidades muito estreitas entre a Axiologia e a interpretação, de uma feita que, ao interpretar, está-se, quase sempre, deixando influir pelas valorações que se façam no íntimo do intérprete. Conquanto seres diferentes entre si, Axiologia e interpretação estão uma ao lado da outra, sendo de primordial relevância que o sujeito interpretante, que é ao mesmo tempo um garimpeiro de sentido, tenha especial cuidado e salutar cautela no sentido de que não se venha a embarçar pelo chamamento axiológico indevido. Por outro lado, não pode ele afastar-se completamente do apelo dos valores, estes que muitas vezes podem orientar no rumo do bom sentido e da correta justiça. E, na verdade, para não falar-se em outros tipos de interpretação, é da correta justiça que se alimenta a atividade do intérprete do Direito ou do intérprete dos fatos, que servem de suporte à incidência das normas jurídicas.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10^a. ed., revista e atualizada. São Paulo, Malheiros 1994



LENTIDÃO DA JUSTIÇA: COMPROVAÇÃO EMPÍRICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS DE FORTALEZA

*Raimundo Helio Leite**

*Rui Verlaine Oliveira Moreira***

*Cláudio Cezar Paula Pessoa Costa e Silva****

RESUMO

Este trabalho, de cunho qualitativo e quantitativo, se baseia em dados de uma dissertação de curso de mestrado. Analisa a lentidão da prestação de serviços jurisdicionais em Juizados Estaduais Especiais de Fortaleza. Apresenta modelos estatísticos que explicam o crescimento do número de processos, bem como as suas causas na visão dos magistrados titulares das unidades pesquisadas. Fazem-se reflexões metodológicas sobre o problema pesquisado.

Palavras-chave

Juizados Especiais. Pesquisa judiciária.

ABSTRACT

This paper, of qualitative and quantitative approach, is based on data of a Masters Degree dissertation. It analysis the slowness of the judicial services rendered in State Judicial Special Units located in Fortaleza. It shows statistical models that explain the growth of the number of processes, as well as it appoints the causes of this growth in the vision of the intervied magistrates who run these units. Methodological reflections about the researched problem are carried out.

Key-words

Judicial services. Judicial research.

1. INTRODUÇÃO

Um estigma histórico que persegue a justiça brasileira é a lentidão de suas decisões. Há carência de juízes, de pessoal técnico administrativo, de recursos financeiros, excesso de burocracia, enfim, uma gama de problemas para os quais

* Doutor. Livre Docente. Professor de Informática Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

** Doutor. Professor de Lógica Jurídica e Hermenêutica Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

*** Mestre. Juiz da Vara de Família em Fortaleza.

as soluções tentadas até o presente, não lograram alcançar grandes mudanças. A tendência tem sido implementar soluções tópicas a partir de estudos de casos, sem uma visão holística do problema. Essa abordagem não deu resultado em países com cultura jurídica semelhante à brasileira, como é o caso da Argentina. Desde 1994, para enfrentar os problemas de distribuição de justiça, esse país está implementando um programa de reforma geral da Justiça que privilegia dois componentes: Acesso à Justiça e Gestão. O primeiro tem por objetivo:

“[...] gerar no cidadão uma plena consciência em relação ao seu conjunto de direitos – individuais e coletivos – envolvidos na prestação de serviços pela Justiça, a partir da implementação do Programa Integral de Reforma Judicial”¹.

Vê-se, pois que a premissa do programa é atingir a todos os cidadãos beneficiários da ação a ser implementada. Por outras palavras, o programa começa com a conscientização e mobilização do cidadão.

O segundo componente do programa foca o problema da gestão do sistema judicial do país. A preocupação, nesse tópico, inclui modificações administrativas nas instâncias decisórias, re-estudo da natureza dos processos, avaliação permanente do fluxo de processos nos vários ramos da justiça, dentre outros fatores.

A citação desse movimento de reformulação da Justiça argentina vem de encontro ao objetivo deste trabalho. Com efeito, os dados aqui discutidos apontam exatamente para os dois vetores: acesso e gestão.

Uma versão inicial deste ensaio apresentada no III Painel do I Encontros de Juizados Especiais Estaduais e Federais, realizado em Brasília, nos 10 e 11 de de 2005.

A que ora se apresenta foi reformulada, para caber no limite do número de páginas da revista me que vai ser publicada, mas continua a fazer uso dos dados da dissertação de mestrado de um dos co-autores. Fez-se uso de uma tabela que mostra o crescimento do número de processos nas Unidades, no período de 1997 a 2004, e de excertos das entrevistas dos seus juízes titulares.

O crescimento do acesso aos Juizados Especiais foi apontado pelos titulares das Unidades como resultado da divulgação pela mídia desse recurso de prestação judicial, bem como de maior consciência dos direitos por parte dos cidadãos. É de se supor, portanto, que uma divulgação massiva dos Juizados venha agravar, ainda mais, o problema do acúmulo de processos. Vai-se, então, ao problema: a gestão do sistema.

No que diz respeito ao acúmulo de processos, os dados já revelam

¹ ARGENTINA. Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação. *Programa Integral de Reforma da Justiça*. Disponível em: <http://www.reformajudicial.jus.gov.ar/institucional/intro.htm#Toc491692482>. Acesso em: 27 de setembro de 2005. <tradução livre dos autores>

motivos de preocupação. O estudo mostra que 55% das unidades apresentam crescimento positivo aferido por modelos de regressão linear, por polinômios e por função exponencial. Embora 25% denotem crescimento ora ascendente, ora descendente, não se conhecem as causas desse tipo de comportamento do fluxo de processos, ou seja, se essa irregularidade é devida a fatores administrativos ou a causas aleatórias. Em duas Unidades (10%), o aumento do número de processos apenas decresce e, duas outras (10%) apresentam padrão caótico. Em suma, os modelos quantitativos não deram respostas definitivas, na medida em que mostram a realidade de forma global sem apontar os motivos das mudanças detectadas.

As entrevistas, por seu turno, não revelaram a riqueza das mudanças de padrão que os modelos quantitativos revelam. Esse fato levou os autores a discutirem a polarização entre as abordagens qualitativa e quantitativa.

A reflexão conclusiva geral é o fenômeno exige estudos mais aprofundados para se detectar as causas ainda não reveladas.

Registre-se que as autoridades judiciárias brasileiras têm revelado preocupação com a temática aqui tratada. O Supremo Tribunal Federal, o Ministério de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça têm incentivado e patrocinado pesquisas e estudos para verificar o acesso à Justiça e a eficiência do funcionamento das unidades que prestam serviços jurisdicionais.

2. EXPLICAÇÃO METODOLÓGICA

Este ensaio utiliza como fonte secundária dados da dissertação de mestrado de Cláudio Cezar de Paula Pessoa Costa e Silva, aprovada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, no dia 16 de setembro de 2004, intitulada “O acesso aos Juizados Especiais Estaduais de Fortaleza”. Basicamente, fez-se uso de tabela que traz o aumento do número de processos nos juizados estudados, e de excertos de entrevistas dos titulares dessas Unidades.

3. APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO DOS MODELOS EXPLICATIVOS

Dados estatísticos sem tratamento adequado desencobrem muito pouco da realidade subjacente a eles. Pode-se, às vezes, vislumbrar algum ângulo do fenômeno, mas não se tem uma visão de totalidade do mesmo. É isso que se percebe nos dados que serão analisados a seguir. O primeiro aspecto que salta aos olhos é o crescimento do número de processos. Mas, o fundamental a se determinar é o padrão desse crescimento que só se torna visível na geração de um modelo de comportamento geral dos dados. O importante, em qualquer abordagem, seja qualitativa ou quantitativa, é que uma delas revele o fenômeno que se esconde nos números ou na qualidade do objeto estudado. A próxima

seção fará isso, parcialmente, porque os dados disponíveis não permitem se chegar às causas finais do problema.

3.1. Os modelos explicativos do crescimento do número de processos

Como dito, o número de processos, que cresce ao longo dos anos, é algo óbvio, quando se observas os dados da Tabela 1, mostrada na próxima página. Não é comportamento de todo científico verificar que um fenômeno cresça a cada ano, sem se tentar estudar modelos de previsão para esse fenômeno. Com efeito, uma ciência se caracteriza por descrever e prever o comportamento de um fenômeno por ela estudado. Adotou-se essa postura para o estudo das 20 Unidades. Infelizmente, em virtude da exigüidade de espaço, o gráfico de cada JEEF não será mostrado. Esta seção analisa um padrão de cada uma das categorias mencionadas a seguir.

A modelagem dos dados de cada Unidade revelou a existência de quatro padrões:

- 1) Padrão de crescimento ascendente do número de processos: Unidades 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12, 15, 16 (55%);
- 2) Padrão de crescimento crescente-decrescente-crescente: Unidades 6, 10, 11, 13, e 20 (25%);
- 3) Padrão de crescimento decrescente: Unidade: 12 e 18 (10%); e
- 4) Padrão de crescimento caótico: Unidades 14 e 19 (10%).

Unidades	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
1ª (Antônio Bezerra)	669	761	2.673	3.178	4.110	4.454	3.719	4.031
2ª (Maraponga)	438	606	874	959	984	1.297	1.578	1.275
3ª (Mucuripe)	1.638	1.031	1.489	1.153	2.065	2.553	3.214	3.831
4ª (Benfica)	1.018	1.183	1.214	1.208	1.362	1.363	1.272	1.350
5ª (Conj. Ceará)	756	748	1.048	1.149	1.239	1.466	1.597	971
6ª (Messejana)	474	518	483	468	574	1.183	1.228	1.417
7ª (Montese)	715	778	1.275	1.441	1.457	1.567	1.878	2.139
8ª (Centro)	1.105	592	681	736	1.198	1.590	1.917	2.306

9ª (Edson Queiroz)	648	565	857	920	1.178	1.537	1.873	1.939
10ª (Fátima)	1.139	1.463	3.438	3.086	2.952	2.901	2.834	2.107
11ª (Tancredo Neves, Aerolândia)	512	717	761	1.107	1.431	1.541	1.439	1.218
12ª (Praia de Iracema)	1.378	1.403	1.345	3.154	2.887	2.826	4.519	5.534
13ª (Monte Castelo)	514	418	409	491	577	953	912	850
14ª (Bom Sucesso)	454	574	245	307	903	707	821	431
15ª (Conj. Nove Assunção-Barra do Ceará)	409	259	775	811	1.052	1.204	1.578	1.578
16ª (Piedade Joaquim Távora)	71	734	1.080	948	824	1.237	1.393	1.970
17ª (Parangaba)	216	522	385	472	670	777	1.184	926
18ª (Conj. José Walter)	379	303	277	188	223	234	323	275
19ª (Serrinha)	173	237	221	300	396	431	523	252
20ª (Conj. Palmeiras-Sítio São João)	144	131	163	171	335	514	523	372

Fonte: E Silva, C. C. DE P. Costa. O acesso aos Juizados Especiais Estaduais de Fortaleza. Fortaleza: Curso de Mestrado em Direito, dissertação de mestrado, 2005.

3.2. Estudo dos modelos de padrão de crescimento positivo do número de processos

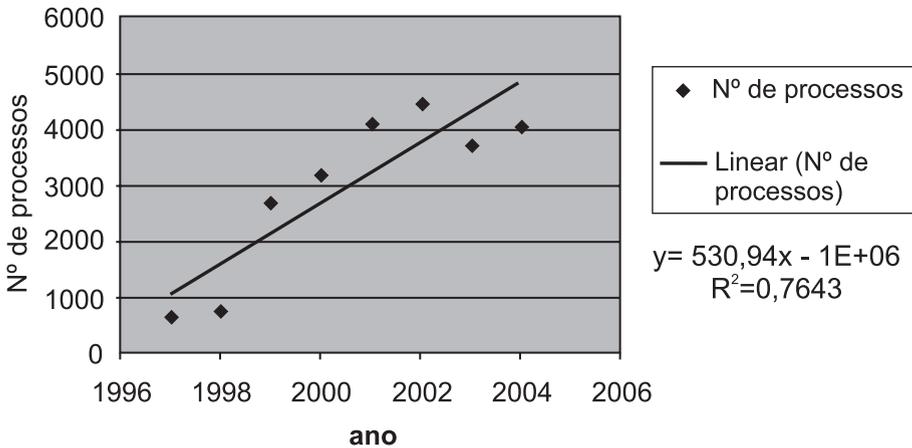
Uma das questões cruciais e pertinentes sugeridas pelos dados da Tabela 1 é: supondo que as condições de infra-estrutura e de pessoal dos Juizados Especiais, vigentes atualmente, se mantenham constantes (*ceteribus paribus*), o que vai acontecer com o crescimento do número de processos nessas Unidades nos próximos anos? Basta olhar para a tabela para concluir que o número de processos irá crescer. Essa conclusão é geral. Pergunta-se: como irá crescer em cada unidade? Existe diferença de crescimento de Unidade para Unidade? O crescimento é uniforme em cada Unidade? Os problemas são os mesmos em

cada Unidade? Quais os fatos geradores do aumento de processos em cada Unidade? A natureza dessas questões mostra que as respostas não são fáceis de serem encontradas. Por exemplo: este estudo não dispõe de dados para aferir os fatores externos às Unidades, tais como, acidentes de trânsito, problemas de condomínio, reclamações contra serviços telefônicos que geram demanda junto às Unidades.

Os dados mostram aumento de processo, mas não se sabe aqui o que gera esse aumento, isto é, as variáveis que promovem o aumento do número de processos e as que contribuem para a solução do problema.

Uma observação, *primo ictu oculi*, mostra que aos dados das Unidades nessa categoria podem ser modelados por uma reta de regressão, como serve de exemplo a os dados da 1ª Unidade, mostrados no Gráfico 1.

Gráfico 1 Número de processos na Primeira Unidade dos Juizados Especiais de Fortaleza, 1997 a 2004



Constata-se nesse gráfico que os pontos o número de processos em cada ano estudado estão próximos da reta traçada pelo computador. Isso significa dizer que esses pontos podem ser representados por essa reta dita de regressão ou projeção².

O modelo que aproxima os pontos no gráfico é dado por:

$$y = 530,94x + 1E + 06 \quad (1), \text{ onde :}$$

y representa o aumento do número de processo

x cada ano estudado

² Os autores agradecem a assessoria do pesquisador do Laboratório de Ciências do Mar, da Universidade Federal do Ceará, Mestre Marcos de Miranda Leão Leite, prestada na elaboração dos gráficos.

Lembre-se, por oportuno, que o passar dos anos traz problemas decorrentes da falta de condições das existentes nas Unidades em face do crescimento da demanda pela prestação de serviços.

Como é possível aferir se esse modelo para explicar o crescente do número de processos? Analisando a informação: $R^2 = 0,7643$. O que significa essa estatística? R^2 representa a porcentagem de explicação dada pelo passar dos anos em relação ao crescimento do número de processos. Trata-se de bom poder explicativo. Se usássemos esse modelo para verificar o número de processos nessa Unidade, em 2006, veríamos que o número de processos nessa Unidade passaria de 669, em 1997, para 5.309, em 2006.

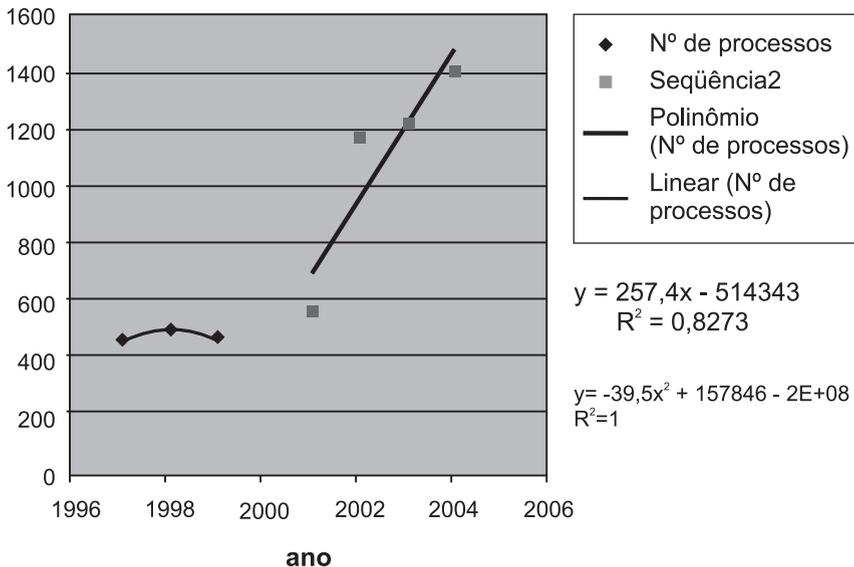
3.3 Modelos com padrão de crescimento crescente-decrescente-crescente

Tomou-se como exemplo os dados da Unidade 6, mostrados no Gráfico 2. Observa-se no gráfico dois tipos de padrão: no período 1997 a 2001, eles podem ser aproximados por pelo polinômio dado por:

$$y = -39,5x^2 + 15.7846x + 2E + 08 \quad (2), \text{ onde } x \text{ e } y \text{ já foram definidos.}$$

O importante a destacar é que o número de processos cresce, começa a cair, para depois reiniciar o padrão de crescimento representado por uma reta. Pergunta-se: o que ocorreu nessa Unidade? Houve mudança do titular? Havia alguma rotina de trabalho implantada que estava diminuindo o tempo de resolução dos processos até determinado ano e que foi abandonada? Houve remanejamento, aposentadoria de funcionários? Houve aumento significativo nos fatores geradores de demanda na área sob jurisdição da Unidade? O certo é que algum fator ou fatores interveio nessa Unidade na dinâmica dessa Unidade.

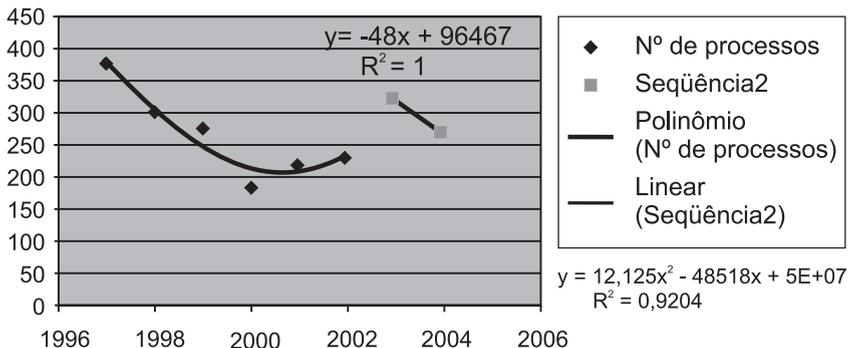
Gráfico 2 Número de processos na Sexta Unidade dos Juizados Especiais de Fortaleza, 1997 a 2004



3.4. Modelo com padrão de crescimento decrescente

Apenas a Unidade 18 se enquadra nessa categoria, como mostra o gráfico a seguir.

Gráfico 3 Número de processos na Décima Oitava Unidade dos Juizados Especiais de Fortaleza, 1997 a 2004

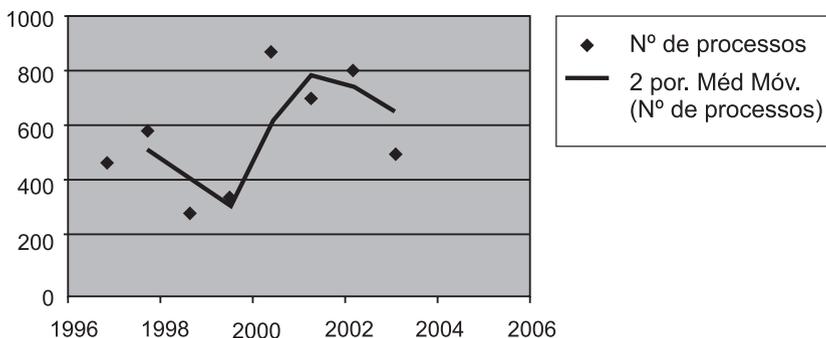


Observa-se que, no ano de 2003, há um aumento do número de processos, mas a tendência de queda permanece. Cabe perguntar: essa Unidade aplica algum procedimento administrativo eficiente bastante para diminuir o número de processos? Há mais funcionários do que o necessário? Houve alguma mudança no entorno da Unidade que provocou uma queda na incidência dos fatores geradores de demanda? Vê-se que o modelo aponta tendências, mas não responde a questões específicas, cujas respostas demandam estudo in loco.

3.5. Modelos com padrão de crescimento caótico

Duas Unidades exibiram esse tipo de modelo. Os dados da Décima Quarta Unidade servem de exemplo

Gráfico 4 Número de processos na Décima Quarta Unidade dos Juizados Especiais de Fortaleza, 1997 a 2004



Os modelos disponíveis nos softwares de Estatísticos comumente utilizados em Ciências Sociais não puderam aproximar esse gráfico e o outro de padrão caótico, de modo que seria necessário se gerar um modelo apropriado para essas duas situações. O número de processos cai, entre 1997 e 2000, começa a subir entre 2000 e 2003 e volta a cair novamente. Os modelos não se ajustam a tal situação como um todo. Há modelos de ordem decrescente, decrescente e decrescente em pequenos períodos de tempo, como se pode ver, mas não há um padrão no período estudado. O que explicaria esse caos?

Todas as perguntas postas antes podem ser feitas em relação a esse grupo caótico. Ele é de tal modo especial que merece estudo específico.

A previsibilidade de fenômenos tem, igualmente, sua contraposição na Teoria do Caos³, onde a ordem flui da desordem imprevisível, a entropia traz a recuperação, colocando em xeque a visão determinística e introduzindo papel positivo ao caos. Estaria acontecendo esse tipo de fenômeno nessa Unidade?

4. OS MOTIVOS DO CRESCIMENTO DO NÚMERO DE PROCESSOS NA VISÃO DOS TITULARES DESSAS UNIDADES

Como dito, a dissertação coletou, via entrevistas, a opinião dos titulares das Unidades, com o objetivo de identificar as causas do aumento de processos. Esta seção mostrará excertos de algumas entrevistas e os comentários a elas pertinentes.

A entrevista realizada com os juízes que participaram do estudo incluiu uma pergunta sobre as causas do aumento de processos. Os motivos apontados são comentados a seguir:

[...] primeiro, porque a mídia tem falado muito sobre o acesso à justiça e eu acho até que é o ‘boca-a-boca’ mesmo [...] dependendo da área também [...] porque tem muita empresa [...] então, onde tem muita empresa e condomínio, aí a demanda é maior (E.).

Esse juiz aponta a divulgação da prestação de serviços jurisdicionais pelos meios de comunicação como um fator importante na procura pela justiça, do que resulta o aumento do número de processos. Esse fato é verdadeiro. Não só a imprensa, mas os movimentos sociais, de modo geral, têm contribuído para a divulgação dos serviços prestados pela justiça. Agrega ainda uma informação relevante: empresas e condomínios são instituições geradoras de processos. A percepção do entrevistado é correta. Não apenas condomínios, mas empresas de telefonia, mercados, bares, acidentes de trânsito são fatores geradores de demanda pro serviços dos JEEFs.

O respondente revelou uma percepção empírica dos fatores geradores do

³ A Teoria da Complexidade, denominada de nova Ciência, é integrada pela Teoria do Caos, pela Teoria dos Fractais, pela Teoria das Catástrofes e pela Lógica *Fuzzy*.

aumento de processos. Há que se passar desse tipo de percepção para a realização de estudos que determinem a incidência real desses fatores no entorno de cada Unidade. Isso pode, perfeitamente, ser feito com a utilização de software que identifique, em cada rua do território da Unidade, esses fatores. Entendemos que somente com esse tipo de abordagem se poderá oferecer solução adequada para o redimensionamento das Unidades dos Juizados Especiais.

Outro depoente concorda em parte com depoente anterior, quanto à conscientização das pessoas em relação aos seus direitos, mas acredita que o aumento de processos é um fenômeno resultante da conjunção de fatores distintos dos apontados acima, muitos ligados à própria natureza dos Juizados Especiais.

[...] em primeiro lugar, maior que as pessoas estão tendo dos seus direitos [...] e também pelo estímulo que o Juizado dá de você não ter despesas para entrar com a ação, você não precisa contar, muitas vezes, com um profissional para da advocacia, a própria celeridade processual, apesar dos problemas que temos [...] você consegue ainda fazer um trabalho que traz satisfação às pessoas (L.).

Os elementos mencionados pelo depoente representam objetivos para os quais os Juizados foram criados, mas que têm influência na população, ou seja, terminam por serem fatores exógenos às Unidades, como imprensa e conscientização.

Os entrevistados identificaram causas endógenas para o aumento do número de processos, como falta de pessoal e de material de expediente, despreparo de conciliadores, tempo médio para julgamento de processo, como revelam as falas transcritas a seguir.

[...] hoje tem carência de pessoal [...] se o quadro estivesse completo, mesmo assim não seria suficiente [...] (U.).

[...] vamos falar da parte material primeiro: poucos computadores, dificuldade com ar-condicionado (L.).

[...] a gente pede papel emprestado à Defensoria, à Promotoria porque não tem (G.).

[...] se o conciliador fosse nomeado pelo juiz, melhoraria muito [...] (G.).

[...] isso (tempo médio de julgamento) vai depender muito de cada caso [...] mas, em média, um processo em que não foi possível a conciliação leva um ano para ser julgado (P.).

[...] em média, um processo, nesta unidade, tem uma tramitação de dois a três anos [...] os juizados se transformaram em varas criminais comuns (N.).

Inicialmente, há que se observar que as carências apontadas contribuem decisivamente para o tempo médio de julgamento de processos está bastante alto. A pergunta posta para os depoentes os levou a identificar apenas as causas

gerais responsáveis pelo crescimento do número de processos. Talvez, por isso, a percepção revelada pelos entrevistados não desceu ao âmago e às sutilezas do problema analisado. Com efeito, nenhum dos depoentes tem percepção de como realmente cresce o número de processos em sua Unidade. Se houve períodos de decréscimo, porque decresceu.

A situação do dia-a-dia parece afogar de tal modo os juízes, que eles não têm condições de pensar em soluções para mudar o quadro vivido em suas Unidades. Surge, então, a necessidade de que estudos sejam feitos por equipes de pesquisadores especializados na área jurídica para trabalhar em conjunto com o pessoal dessas Unidades.

A configuração do crescimento do número de processos mostrada pelos modelos oferece muitos subsídios para se enfrentar o problema. Basta haver boa vontade e disposição dos interessados.

5. REFLEXÕES CONCLUSIVAS

O primeiro aspecto a ser salientado é o ineditismo deste estudo com dados judiciais no Ceará, na medida em que ele descreve e apresenta modelos estatísticos que possibilitam a previsão do comportamento estudado. Essa última característica abre a possibilidade de se implementar políticas de intervenção no fenômeno, a fim de corrigir seus rumos, o que configura uma postura e não simplesmente constatativa.

Ao juntar dados empíricos e a opinião dos titulares das Unidades, esse tipo de pesquisa se caracteriza como o que Alain Chouraqui denomina de pesquisa judiciária, definindo-a da seguinte maneira:

Esse tipo de pesquisa diz respeito, como se sabe, sobretudo ao funcionamento da Justiça, isto é, ao mesmo tempo, sobre os homens da Justiça e à sua atividade, bem como sobre os fenômenos via sua expressão judiciária (divórcio, delinquência, problemas vividos etc.)⁴.

Tão importante quanto o primeiro aspecto, a pesquisa traz à baila um problema epistemológico: a utilização da abordagem quantitativa e da abordagem predominantemente qualitativa.

Os pesquisadores associados à primeira corrente trabalham com experimentos controlados, formulação e testes de hipótese e usam testes estatísticos para verificarem sua comprovação. A partir do final do século XIX, surgiu forte reação a essa tendência, especialmente entre sociólogos alemães, dentre os quais se destaca Max Weber. Esse movimento reativo preconizava a idéia de que os cientistas sociais deveriam proceder de forma mais intuitiva na

⁴ CHOURAQUI, A. *L'Informatique au service du Droit*. Paris: Press Universitaires de France, 1974, p. 140.

busca de compreender a realidade humana com a qual se defrontam. Desse enfrentamento resultou uma utilização equilibrada das abordagens qualitativas e quantitativas prevalentes, atualmente, em Ciências Sociais.

Essa reação decorreu da compreensão de que os fenômenos ocorrem em diferentes esferas – micros e macros- com conteúdos históricos específicos, as quais exigem diferentes níveis de abordagem. Os trabalhos de Karl Popper, Imre Lakatos, Paul Feyerabend, Thomas Kuhn e as críticas da denominada “Escola de Frankfurt” foram decisivos para uma abordagem alternativa àquela quantitativa usada até então. É na década de 1970, segundo Alves-Mazzotti e Gewandszajder que

[...] começa a ganhar força o chamado “paradigma qualitativo”, o qual se definia por oposição ao positivismo, identificado com o uso de técnicas quantitativas. Embora metodologias qualitativas fossem há muito tempo usadas na antropologia, na sociologia e mesmo na psicologia, é nesta época que se uso se intensifica e se estende a áreas até então dominadas pelas abordagens quantitativas, justificando o uso do termo “paradigma”⁵.

Essa nova abordagem tinha como princípio o respeito, antes de tudo, à natureza intrínseca do campo de estudos. Apesar de estabelecida uma abordagem a ser seguida, a área das ciências sociais se debatia com um problema de natureza epistemológica, envolvendo a questão se as disciplinas ligadas à área social eram ou não ciências.

Desde então, criou-se a polêmica sobre que abordagem deva ser prevalente num processo investigativo. Os autores deste trabalho são de opinião que deva haver uma intercomplementaridade das duas, de acordo com a natureza do problema estudado. Por outros termos, uma pode ser prevalente em determinado ponto da investigação e, a outra não, e vice-versa.

A discussão quando da modelagem dos dados deixou esse ponto muito claro. Os modelos estatísticos mostram a evolução do crescimento do número de processos, seus pontos de inflexão, os anos em que ocorrem mudanças, mas não apontam as causas.

A pesquisa qualitativa, por seu turno, indicou algumas causas, mas os juízes não foram capazes de perceber os detalhes da forma de crescimento ou decréscimo do fenômeno, isto é, ambas as abordagens tomadas separadamente se revelaram insuficientes para tratar a realidade estudada. Portanto, há necessidade do uso dual das duas abordagens. Essa visão encontra arrimo em Edgar Morin (1924 -) que destaca:

A própria ciência é dialógica [...] porque ela continua andando sobre quatro pernas diferentes. Ela anda sobre a perna do empirismo, e

⁵ ALVES-MAZZOTTI, A. J. GEWANDSZNAJDER, F. *O método nas Ciências Naturais e Sociais – Pesquisa Qualitativa e Quantitativa*. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 119.

sobre a perna da racionalidade, sobre a da imaginação e sobre a da verificação⁶.

É fácil identificar as quatro “pernas” na pesquisa aqui relatada. Foram elas que não deixaram qualquer dúvida de que as Unidades estudadas oferecem campo fértil para estudo e devem ser o foco de imediata intervenção de políticas administrativas que visem a melhoria do fluxo de processos. É, portanto, urgente que sejam adotadas providências no sentido de reverter o quadro, a fim de que o aprimoramento da prestação de serviços aos jurisdicionados atinja níveis aceitáveis com celeridade e eqüidade almejados pela população.

6. REFERÊNCIAS

ALVES-MAZZOTTI, A. J. GEWANDSZNAJDER, F. *O método nas Ciências Naturais e Sociais – Pesquisa Qualitativa e Quantitativa*. São Paulo: Pioneira, 1998.

ARGENTINA. Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação. *Programa Integral de Reforma da Justiça*. Disponível em: <http://www.reformajudicial.jus.gov.ar/institucional/intro.htm#Toc491692482>. Acesso em: 27 de setembro de 2005.

CHOURAQUI, A. *L'Informatique au service du Droit*. Paris: Press Universitaires de France, 1974.

MORIN, E. *Ciência e Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

⁶ MORIN, E. *Ciência e Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 189.



KANT E A IMPOSSIBILIDADE DE UMA ONTOLOGIA JURÍDICA CIENTÍFICA

*Reginaldo da Costa**

RESUMO

Na perspectiva da reviravolta copernicana do pensamento, operada por Kant, uma vez que o conhecimento humano é mediado pela subjetividade transcendental, ele não pode conhecer a essência das coisas e, por conseqüência, é impossível a ontologia enquanto ciência. Assim sendo, é impossível uma ontologia jurídica de cunho científico e, por conseguinte, uma concepção científica de um direito natural de cunho ontológico.

Palavras-chave

Filosofia transcendental. Sujeito transcendental. Ontologia jurídica.

ABSTRACT

In the perspective of the Copernican turn of thought, accomplished by Kant, since human knowledge is mediated by transcendental subjectivity, he cannot grasp the essence of things and, consequently, ontology is impossible as a science. Therefore, it is impossible a juridical ontology of scientific characteristics and, consequently, a scientific conception of a natural right of an ontological quality.

Key-words

Transcendental philosophy. Transcendental subject. Juridical ontology.

Importa para Kant saber se os conhecimentos pertencentes ao domínio da razão seguem ou não a via segura da ciência. Segundo ele, “Pode reconhecer-se que a lógica, desde remotos tempos, seguiu a via segura”¹ da ciência, ou seja, desde a sistematização da lógica feita por Aristóteles esta alcançou o status de cientificidade e mais, ainda, “é digno de nota que não tenha até hoje progredido, parecendo, por conseguinte, acabada e perfeita”².

* Professor de Filosofia do Estado e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFC, Professor de Ética Contemporânea do Mestrado em Filosofia da UECE e membro do Grupo de Pesquisa Ética e Direitos Humanos.

¹ KANT, Immanuel. *Kritik der Reinen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 20.

² KANT, I. op. cit. p. 20.

Na compreensão de Kant, a lógica, enquanto conhecimento pertencente ao domínio da razão, foi bem sucedida em encontrar a via segura da ciência devido ao seu caráter limitado. Pois bem, a lógica tem um caráter limitado na medida em que nela há a necessidade de se abstrair de todos os objetos do conhecimento e suas diferenças, de modo que nela o entendimento ocupa-se apenas consigo próprio e com sua forma. Deste modo, a lógica apenas expõe minuciosamente e demonstra rigorosamente as regras formais de todo o pensamento. No entanto, se a lógica tivesse que tratar não apenas das regras formais do pensamento, mas, também, dos objetos do pensamento (de seu conteúdo), seria muito mais difícil para ela, enquanto conhecimento pertencente ao domínio da razão, ser bem sucedida em encontrar a via segura da ciência.

Apesar do êxito da lógica em alcançar o status de cientificidade, ela deve ser considerada apenas como uma antecâmara das ciências, já que não trata do conteúdo do conhecimento e sim apenas de sua forma, de modo que ela serve apenas como propedêutica, pois, tratando-se de conhecimentos, se pressupõe uma lógica para os julgar, embora os conhecimentos das ciências em relação a seus objetos devam ser procurados nestas ciências mesmas, porquanto a lógica não trata do objeto das mesmas³.

Entretanto, para Kant, não só a lógica, mas, também, a matemática e a física encontraram a via segura da ciência⁴. Segundo ele, “no admirável povo grego, a matemática entrou na via segura de uma ciência”⁵, porém, para ela não foi tão fácil como para lógica, na qual a razão ocupa-se apenas consigo mesma, encontrar este caminho, ou seja, durante muito tempo ela se manteve tateante. O que tornou possível esta conquista da matemática foi uma mudança de perspectiva, a qual descobriu que para conhecer *a priori* seus objetos não deveria atribuir-lhes nada que não fosse consequência necessária do que neles tinha posto de acordo com o conceito, o que significa que os objetos deveriam ser produzidos ou construídos através do que se pensava e representava por conceitos.

Quanto à física, sua caminhada em direção ao caminho seguro da ciência foi mais lenta, caminhada esta que, na compreensão de Kant, só pode ser explicada, também, por uma revolução operada no modo de pensar, ou seja, os físicos:

³ Importa, porém, destacar que, para Kant, o que nas ciências há de razão é algo que é conhecido *a priori*, sendo que este conhecimento da razão é referido aos objetos de duas maneiras, isto é: através do conhecimento teórico da razão, que determina o objeto e seu conceito, ou através do conhecimento prático da razão, que realiza seu objeto. E mais, a parte pura ou *a priori* do conhecimento teórico e prático da razão, isto é, aquela em que a razão determina totalmente *a priori* o seu objeto, deve ser exposta sem mistura com o que provém de outras fontes para que se possa conhecer quais são as determinações puras, *a priori*, da razão nestes dois modos de conhecer (Verificar em KANT, Immanuel. op. cit. p. 21).

⁴ Conforme Kant, “A matemática e a física são dois conhecimentos teóricos da razão que devem determinar *a priori* seu objeto, a primeira de uma maneira totalmente pura e a segunda, pelo menos, parcialmente pura” (Verificar em KANT, Immanuel. op. cit. p. 22).

⁵ KANT, I. op. cit. p. 22.

Compreenderam que a razão só entende aquilo que produz segundo os seus próprios planos; que ela tem que tomar a dianteira com princípios, que determinam os seus juízos segundo leis constantes e deve forçar a natureza a responder às suas interrogações em vez de se deixar guiar por esta⁶

Ora, pôde-se compreender que as observações feitas ao acaso, sem plano prévio, não se ordenam segundo a lei necessária que a razão procura. Compreendeu-se, por conseguinte, que se deve ir ao encontro da natureza - para com ela aprender - não na condição do aluno que aceita tudo o que o mestre tem a ensinar, mas na condição do juiz que obriga a natureza a responder às questões apresentadas. Deste modo, deve-se ir ao encontro da natureza associando razão e experimentação, sendo que a razão através de seus princípios dá aos fenômenos concordantes a autoridade de leis e a experimentação, imaginada segundo estes princípios, obriga a natureza a conformar-se e a responder às questões postas conforme os princípios da razão. Pois bem, foi esta maneira de pensar - a qual, para Kant, foi uma grande revolução - que possibilitou à física, após tantos séculos de tateio, enveredar pela via segura da ciência, ou seja, o rigor científico exigiu da física procurar na natureza o que a razão por si própria não alcançaria saber, porém, unicamente, de acordo com o que a razão nela pôs.

Esta revolução na maneira de pensar, que levou a física moderna ao estatuto de ciência não ocorreu, porém, com a metafísica, ou seja, "O destino não foi (...) tão favorável que permitisse trilhar o caminho segura da ciência à metafísica"⁷. Ora, a metafísica, diferentemente da matemática - que aplica os conceitos à intuição, e, portanto, é científica - é um conhecimento da razão completamente à parte, que se eleva acima das lições da experiência através de simples conceitos e de tal modo, que nela, a razão deve ser apenas discípula de si própria, não recorrendo, pois, às intuições, à experimentação.

Assim, o método da metafísica não se constitui como método científico, porquanto ela tem sido um mero tatear e, para Kant, o que é pior, um mero tatear entre simples conceitos, os quais não se referem a nenhuma intuição. Ora, Para Kant:

Todos os conceitos (...) conquanto possíveis a priori, referem-se, não obstante, a intuições empíricas, isto é, a dados para a experiência possível. Sem isso, não possuem qualquer validade objetiva, são um mero jogo, quer da imaginação, quer do entendimento⁸

⁶ KANT, I. op. cit. p. 22.

No entendimento de Kant, foi isso que ocorreu quando Galileu fez rolar no plano inclinado as esferas com uma aceleração que ele próprio escolheu ou quando Torricelli fez suportar pelo ar um peso que ele sabia antecipadamente idêntico ao peso conhecido de uma coluna de água (Verificar em KANT, I. op. cit. p. 23).

⁷ KANT, I. op. cit. p. 24.

⁸ KANT, I. op. cit. p. 270.

Pode-se dizer, então, que a metafísica, diferentemente da matemática e da física que alteraram o seu método e por causa desta alteração se tornaram científica, por não alterar o seu método permaneceu em uma perspectiva pré-científica ou não científica.

Antes da revolução que alterou o método da matemática e da física, pensava-se que o nosso conhecimento devia ser regulado pelos objetos, o que impossibilitava toda a tentativa de descobrir *a priori*, mediante conceitos, algo que ampliasse nosso conhecimento, porém, ao regular-se os objetos por nosso conhecimento, descobriu-se um conhecimento *a priori* dos objetos, o qual alcançava o status de cientificidade ao associar-se às intuições empíricas. Ora, foi esta mudança de perspectiva que conduziu a matemática e a física ao elevado estatuto de cientificidade, o que não ocorreu com a metafísica, e é neste contexto que cabe a seguinte indagação: não se resolverão melhor as tarefas da metafísica, admitindo que os objetos se deveriam regular pelo nosso conhecimento *a priori* destes objetos, que estabeleçam algo sobre eles antes de nos serem dados?⁹

Conforme Kant, na metafísica pode-se tentar fazer regular os objetos pelas intuições e conceitos *a priori*, ao invés de regular as intuições e os conceitos pelos objetos. Se a intuição e os conceitos se guiarem pela natureza dos objetos, então, não se poderia conhecer algo *a priori*, porém, se ao contrário, os objetos se guiarem por nossa intuição e conceitos podemos perfeitamente representar esta possibilidade. É neste contexto, que cabe a seguinte pergunta: a experiência através da qual os objetos nos são dados regulam-se por nossos conceitos e intuições *a priori* ou, ao inverso, os nossos conceitos e intuições *a priori* regulam a experiência através da qual os objetos de nosso conhecimento nos são dados? Kant responde a esta questão da seguinte forma:

a própria experiência é uma forma de conhecimento que exige o concurso do entendimento, cuja regra devo pressupor em mim antes de me serem dados os objetos, por conseqüência, a priori e essa regra é expressa em conceitos a priori, pelos quais têm de se regular todos os objetos da experiência e com os quais devem concordar¹⁰

Nesta perspectiva, Kant pretende na *Crítica da Razão Pura* examinar a gênese e a validade das proposições da razão pura, principalmente, quando esta se aventura a ultrapassar os limites da experiência possível, como é o caso da metafísica ou ontologia clássica. Este exame pretende verificar o status de cientificidade das proposições metafísicas de forma a estabelecer a possibilidade de elevar a metafísica à condição de ciência.

Na primeira parte, ela se ocupa dos conceitos *a priori*, cujos objetos correspondentes podem ser dados na experiência conforme a estes conceitos

⁹ KANT, I. op. cit. p. 25.

¹⁰ KANT, I. op. cit. p. 26. Este método, imitado do método dos físicos, consiste em procurar os elementos da razão pura naquilo que se pode confirmar ou refutar por uma experimentação

e é o conhecimento formulado com estes conceitos associados à experiência ou experimentação que pode explicar a possibilidade de um conhecimento *a priori* da natureza e dotar de provas suficientes as leis que *a priori* fundamentam a natureza, tomada como conjunto dos objetos da experiência¹¹.

Na Segunda parte, ela se ocupa dos limites do conhecimento quando tenta ultrapassar os limites da experiência possível, ou seja, ela extrai como resultado a não cientificidade da metafísica e a impossibilidade da mesma ser elevada à condição de ciência, porquanto ela se limita a querer conhecer alguém e além da experiência possível, não tendo, pois, como garantir a certeza e a confiabilidade de seu saber. Ora, o que nos leva a querer transpor os limites da experiência e de todos os fenômenos é o incondicionado que a razão exige para as coisas-em-si, a fim de acabar com a série de condições, no entanto, como nosso conhecimento só nos dá a certeza se estiver associado à experimentação, nosso conhecimento se refere apenas aos fenômenos e não às coisas-em-si, que embora reais, se mantêm para nós incognoscíveis.

Para Kant o incondicionado não pode ser pensado sem contradição se o nosso conhecimento por experiência se guia pelos objetos pensados como coisas-em-si, contradição esta que desaparece se admitirmos que a representação das coisas, tais como nos são dadas, não se regula por estas, consideradas como coisas em si, mas, que são os objetos, enquanto fenômenos, que se regulam pelo nosso modo de representação, “tendo conseqüentemente que se buscar o incondicionado não nas coisas na mediada em que as conhecemos (...) mas, na mediada em que não as conhecemos, enquanto coisas em si”¹².

Assim sendo, só podemos conhecer as coisas enquanto fenômenos¹³, isto é, como elas nos são dadas no nosso modo de representação e todas as vezes que queremos ultrapassar o campo dos fenômenos, pensando as coisas-em-si, queremos ir além do campo da ciência e das possibilidades do conhecimento teórico, como pretendeu a metafísica clássica¹⁴, o que se evidencia na seguinte

¹¹ **Importa enfatizar que, no entendimento de Kant, só pode haver propriamente conhecimento** quando ocorre a associação entre os conceitos e as intuições, pois “no tocante ao homem, todo o seu conhecimento consta do conceito e da intuição. Cada um dos dois é, sem dúvida, representação, mas não ainda conhecimento (...) efetivamente para haver conhecimento, requer-se a conjunção dos dois”. (Conferir em KANT, Immanuel. *Os Progressos da Metafísica*. Lisboa: Edições 70, 1985, pp. 107 e 108).

¹² KANT, Immanuel. *Kritik der Reinen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 27.

¹³ **Uma vez que, para Kant, os conceitos do entendimento se referem às intuições sensíveis e sem elas não há conhecimento de objetos, o campo do sensível é o limite de nosso conhecimento científico.** Assim sendo, conforme Kant, “Pela crítica da razão pura provou-se suficientemente que, para além dos objetos dos sentidos, não pode haver nenhum conhecimento teórico, pois todo conceito deve referir-se a uma intuição e toda a nossa intuição é sensível” (KANT, Immanuel. *Os Progressos da Metafísica*. Lisboa: Edições 70, 1985, p. 69), o que traz com conseqüência que toda e qualquer tentativa de elevar o conhecimento científico além do sensível, do fenomênico, evidencia apenas uma ignorância do que é o conhecimento humano e de quais são os seus limites.

¹⁴ **Importa, porém, investigar se no domínio do conhecimento prático não seria possível ultrapassar com o nosso conhecimento *a priori* os limites de qualquer experiência possível, ou seja, se as determinações de nossa razão prática não se assentam além do terreno da experiência, como pretendia a metafísica clássica para o domínio de nossa razão teórica.**

afirmação de Kant: “Pela crítica da razão pura provou-se suficientemente que, para além dos objetos dos sentidos, não pode haver nenhum conhecimento teórico, pois todo conceito deve referir-se a uma intuição e toda a nossa intuição é sensível¹⁵.”

Pois bem, para Kant, a *Crítica da Razão Pura* tem como tarefa alterar, a exemplo dos físicos e geômetras, o método que a metafísica havia seguido até então, de modo a operar nela uma revolução completa. A mesma é, portanto, um tratado acerca do método e não um sistema da ciência, porém, ela estabelece os contornos, a estrutura interna e os limites da ciência. Pode-se dizer, então, que a razão pura é capaz de avaliar a extensão, os limites e a validade de seu conhecimento *a priori*. Ora, “no conhecimento *a priori* nada pode ser atribuído aos objetos que o sujeito pensante não extraia de si próprio”¹⁶, porém, estes conhecimentos *a priori* só têm sua validade atestada se puderem ser confirmados pela experimentação dos objetos¹⁷ e mais ainda, quando a razão especulativa, apoiada em princípios, pretende ir além do campo da experiência possível, desfigura seus limites, e perde a aptidão para produzir conhecimento científico, conhecimento válido.

É neste horizonte, que se pode dizer que “os princípios, em que a razão especulativa se apóia para se arriscar para além de seus limites, têm por conseqüência inevitável não uma extensão mas (...) uma restrição do nosso uso da razão”¹⁸, ou seja, quando a razão especulativa, com esses princípios, ameaça estender a tudo os limites da sensibilidade a que propriamente pertencem, reduz a nada o uso puro (prático) da razão, a qual, diferentemente da razão teórica, não esta restrita aos limites da sensibilidade, antes, ao contrário, pois é na medida em que a razão (enquanto razão prática) ultrapassa os limites da sensibilidade, logo, os limites da razão teórica e da ciência, que ela estabelece os fundamentos necessários do agir racional, da ética, da moral.

Assim sendo, a razão prática não se apóia na razão especulativa e não carece de qualquer ajuda dela para estabelecer os fundamentos da ação reta, da ação racional, pois a razão, enquanto razão teórica, está circunscrita ao campo dos fenômenos. Ora, o espaço e o tempo são apenas forma da intuição sensível, isto é, condições da existência das coisas enquanto fenômeno e como conhecemos (através de nosso entendimento e seus conceitos) só o que nos pode ser dado na intuição correspondente aos conceitos, decorre o fato de “não podermos ter conhecimento de nenhum objeto, enquanto coisa-em-si, mas tão

¹⁵ KANT, Immanuel. *Os Progressos da metafísica*. Lisboa: Edições 70, 1985, p. 69..

¹⁶ KANT, Immanuel. *Kritik der Reinen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 29.

¹⁷ Na compreensão de Kant, só os fenômenos podem ser objetos de conhecimento, pois “Só na intuição se pode dar um objeto a um conceito e, embora uma intuição pura seja possível para nós *a priori* (...) também essa intuição só pode receber o seu objeto e, portanto, validade objetiva, por intermédio da intuição empírica de que é simplesmente a forma” (KANT, Immanuel. op. cit. p. 270.), de modo que só o conhecimento dos fenômenos tem validade objetiva.

¹⁸ KANT, I. op. cit. p. 30.

somente como objeto da intuição sensível, ou seja, como fenômeno¹⁹, o que traz como consequência necessária que todo o conhecimento especulativo da razão esta limitado aos simples objetos da experiência.

Contudo, apesar de não podermos conhecer os objetos como coisa-em-si, podemos pensá-los, pois, caso contrário, “seríamos levados à proposição absurda de que haveria fenômeno (aparência), sem haver algo que aparecesse”²⁰. A *Crítica da Razão Pura* nos ensina, por conseguinte, a considerar os objetos em dois sentidos diferentes (enquanto fenômeno e enquanto coisa-em-si) e é o considerar deste modo que nos permite compreender o princípio de causalidade (o determinismo natural de determinação das coisas) e a liberdade, sem cairmos em contradição, e, portanto, pensar a moral, a ética e o direito, pois, a vontade humana – enquanto fenômeno – está sujeita as leis determinísticas da natureza e – enquanto nômemo – é livre, isto é, não sujeita às leis determinísticas da natureza.

Deste modo, é possível pensar natureza e liberdade, razão teórica e prática, sem cair em contradição. Porém, devido aos limites da razão teórica (sua limitação ao campo da sensibilidade), embora possamos pensar a liberdade, não podemos conhecê-la, pois ela não tem como seu limite o campo dos fenômenos²¹. Por conseguinte, a liberdade - enquanto propriedade de nossa vontade – é um pressuposto necessário da moral, já que sem ela seria impossível a moral, no entanto, a mesma não pode ser provada, conhecida, mas, somente pensada; e é o fato de a pensarmos, mesmo não podendo conhecê-la, que torna possível não reduzirmos tudo ao mecanismo da natureza e suas determinações necessárias e, deste modo, pensarmos a moral.

Assim sendo, para Kant, nem mesmo para o uso prático necessário da razão posso admitir conhecer a liberdade, Deus ou a imortalidade, porquanto não temos intuições correspondentes a estes objetos (não temos intuições transcendententes). Kant, diferentemente da metafísica clássica, limita o campo do conhecimento, da ciência, aos fenômenos e para ele só assim, isto é, não confundindo o campo e os limites do conhecimento, é que se pode conciliar ciência e moralidade, razão teórica e razão prática; ora, foi esta compreensão que levou Kant à seguinte formulação:

Tive pois de suprimir o saber para encontrar lugar para a crença, e o dogmatismo da metafísica, ou seja, o preconceito de nela se progredir, sem a crítica da razão pura, é a verdadeira fonte de

¹⁹ KANT, I. op. cit. p. 30.

²⁰ KANT, I. op. cit. p. 31.

²¹ No campo da sensibilidade, que é o limite de nosso conhecimento, só os fenômenos são objetos de conhecimento e, para Kant, a *Crítica da Razão Pura* evidencia isso, na medida em que “A analítica transcendental alcançou (...) o importante resultado de mostrar que o entendimento nunca pode *a priori* conceder mais que a antecipação da forma de uma experiência possível em geral e que, não podendo ser objeto da experiência o que não é fenômeno, o entendimento nunca pode ultrapassar os limites da sensibilidade, no interior dos quais unicamente nos podem ser dados objetos” (KANT, Immanuel. *Kritik der Reinen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, pp. 274 e 275).

toda a incredulidade, que está em conflito com a moralidade e é sempre muito dogmática²².

Ora, para Kant, só a crítica da razão pura, pode cortar pela raiz o materialismo, o fatalismo, o ateísmo, a incredulidade dos espíritos fortes, o fanatismo e a superstição, que se podem tornar nocivos a todos e, por último o idealismo e o ceticismo, que são, sobretudo, perigosos para as escolas. No entanto, para ele:

A crítica não se opõe ao procedimento dogmático da razão no seu conhecimento puro, enquanto ciência (pois esta é sempre dogmática, isto é, demonstrativa, baseando-se em princípios a priori seguros), mas sim ao dogmatismo, quer dizer, à presunção de seguir por diante com um conhecimento puro por conceitos (conhecimento filosófico), apoiado em princípios (...) sem se informar como e com que direito os alcançou²³

Kant opõe-se, portanto, ao dogmatismo da razão e da ontologia clássica, pois, para ele, o dogmatismo da razão e da ontologia é nada mais que o uso dogmático da razão especulativa sem uma crítica prévia que estabeleça sua capacidade, seus limites e sua extensão, que é o que ele se propõe a fazer na *Crítica da Razão Pura*. Com base no exposto, podemos, a partir de Kant, concluir que qualquer tentativa de conhecer o real como ele é em si mesmo é dogmática e ingênua, pois se nosso conhecimento é necessariamente mediado pela subjetividade, que impõe limites a esse conhecimento, tudo o que pode ser cognoscível está marcado por essa subjetividade e seus limites.

Assim sendo, em uma perspectiva kantiana, não podemos fazer uma ontologia jurídica de cunho científico, pois se não podemos conhecer as coisas em si, menos ainda podemos conhecer o Direito em si, independente de nossas mediações subjetivas. Todo o Direito que podemos conhecer é constituído através da mediação da subjetividade, de modo que se há um direito natural de cunho ontológico, não podemos conhecê-lo, pois a razão teórica ao tentar ultrapassar o campo dos fenômenos jurídicos e querer conhecer a essência do Direito (Direito em si) apenas confunde suas idéias sobre o Direito com a realidade do Direito (essência do Direito), caindo em uma ilusão metafísica, na mesma medida em que não tem consciência de seus limites e, portanto, é ingênua e pré-científica.

Se Kant tem razão, ou seja, se nosso conhecimento científico está circunscrito ao campo dos fenômenos, então, qualquer tentativa de efetivar uma ontologia jurídica, ou de propor um direito natural de cunho ontológico, é uma tentativa acríica e dogmática, porquanto pressupõe uma racionalidade que não se fez crítica o suficiente para conhecer sua extensão e seus limites. Ora, essa racionalidade, com pretensões ontológicas no campo dos fenômenos

²² KANT, I. op. cit. p. 33

²³ KANT, I. op. cit. p. 36.

jurídicos, isto é, que pretende a ontologia jurídica enquanto ciência, presta um desserviço à ciência jurídica, pois conduz a ciência jurídica ao descrédito na mesma medida em que pretende verdades absolutas (ontológicas) sobre o que não pode ser objeto de conhecimento: a essência do Direito ou o Direito tal como é em si mesmo.

REFERÊNCIAS

- BONACCINI, Juan Adolfo. *Kant e o Problema da Coisa em si no Idealismo Alemão*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.
- COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1986.
- _____. *Da Utilidade de uma Nova Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Hemus, 1975.
- _____. *Kritik der Reinen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997
- _____. *Os Progressos da Metafísica*. Lisboa: Edições 70, 1985
- _____. *Princípios Metafísicos da Ciência da Natureza*. Lisboa: Edições 70, 1990.
- _____. *Textos Pré-Críticos*. Porto: Rés Editora, 1983.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Filosofia Transcendental e Religião*. São Paulo: Loyola, 1984.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.





DA EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

*Rholden Botelho de Queiroz **

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar as possibilidades e delineamentos de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Três principais teorias disputam a hegemonia doutrinária e jurisprudencial: a teoria da eficácia direta ou imediata; a teoria da eficácia indireta ou mediata; a teoria dos deveres de proteção do Estado. Veremos que a aceitação de uma eficácia direta é perfeitamente compatível com o reconhecimento da força normativa da Constituição e é albergada em seu art. 5º, §1º.

Palavras-chave

Direitos Fundamentais. Eficácia. Relações Privadas.

ABSTRACT

This study has the purpose to analyse the possibilities and ways of enforcement fundamental rights in private legal relationships. Three theories dispute the preference in Doctrine and Jurisprudence: the theory of direct effect (or immediate effect); the theory of indirect effect (or mediate effect); the theory of the State protection duties. It will be seen that the direct effect of the enforcement of fundamental rights in private legal relationships is compatible with the thought of normative power of constitutional rules. This thought is also embraced by the Brazilian Constitution (article 5, paragraph 1).

Key-words

Fundamental Rights. Effect. Private Legal Relationships.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, existe um certo consenso em torno da aceitação da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, encontrando-se alguma resistência apenas em alguns países de forte tradição liberal, como os Estados Unidos da América e a Suíça, por exemplo. Ora, se, conforme ensina Luís Afonso Heck, a finalidade dos direitos fundamentais é criar e manter

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador da Fazenda Nacional.

os pressupostos de uma vida em liberdade e dignidade humana¹, parece razoável que sejam invocáveis em favor de quem tenha esses bens afetados por particulares e não só pelo estado.

No presente estudo, partindo da premissa da aceitação da eficácia dos direitos fundamentais também nas relações privadas, abordaremos a questão do como se dá esta eficácia. O aspecto ora analisado é alvo de acirrado debate na comunidade jurídica internacional, sendo a hegemonia no trato da questão disputada por três principais teorias: a da eficácia mediata ou indireta, a da eficácia direta e a dos deveres de proteção.

Diante deste cenário, nosso objetivo será descrever estas três construções, expondo também as críticas que se lhes dirigem, para, ao final, manifestar as razões de nossa preferência pela teoria da eficácia direta.

2. TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA

Inicialmente, cumpre destacar que existe uma certa controvérsia doutrinária em torno de aspectos acidentais da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas (conforme se observará no decorrer da exposição). Sem embargo, o núcleo essencial desta construção, o ponto comum que nos permite identificar os seus defensores, consiste na aceitação da influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares através da mediação do Estado, rejeitando uma aplicação direta daqueles nestas. No dizer de Daniel Sarmento: “trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada”.²

A tese da eficácia indireta foi formulada inicialmente pelo alemão Günter Dürig³, tendo se tornado a dominante em seu país e acolhida no seio da Corte Constitucional alemã. Na concepção original de Dürig, o ponto de partida para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é o comando de respeito à dignidade humana do art. 1.1 da Lei Fundamental, em razão do qual os direitos fundamentais se projetam nestas relações, cujos conteúdos materiais estão vinculados à proteção daquele valor absoluto. Entretanto, os direitos fundamentais não passam a ser direitos absolutos a vincular diretamente os particulares, o que implicaria uma invasão e socialização do Direito Privado e, conseqüentemente, a perda de sua autonomia, a intromissão do Estado em âmbitos de atuação, até então, livres dos indivíduos, o aumento da insegurança jurídica e uma limitação da liberdade contratual.

¹ HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no Direito Civil*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, p. 116, 1999.

² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 238.

³ DÜRIG, Günter. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, apud BILBAO UBILLOS, J. Op. cit. (1997a), p. 305.

Portanto, segundo Dürig, a influência do Direito Constitucional sobre o Civil deve ser indireta. Os valores consagrados nos direitos fundamentais penetrariam na esfera do Direito Civil por meio das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados (boa-fé, bons costumes, ordem pública etc.), os quais denominou como “pontos de irrupção” destes valores no Direito Privado. Assim, em uma Constituição que proíbe, em seu art. 3.3, discriminação por razão de raça, um contrato que impeça o aluguel de um apartamento a um judeu seria contrário aos bons costumes.⁴

Bastante elucidativa a síntese de Vieira de Andrade acerca do pensamento de Dürig sobre a influência dos preceitos constitucionais nas relações privadas. Convém transcrevê-la:

A força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (terceiros) não se afirmaria de modo imediato, mas apenas mediadamente, através, (sic) dos princípios e normas próprios do Direito Privado. Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados susceptíveis de concretização, clarificando-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (Wertakzentuierung, Wertverschärfung), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (Wertschultzlückenschliessung), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.⁵

Konrad Hesse, embora também defensor da eficácia mediata, entende que os preceitos constitucionais desempenham um papel maior do que simplesmente nortear a interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Desenvolvendo o tema, após reconhecer que a Lei Fundamental, na seção relativa aos direitos fundamentais, erige uma ordem objetiva de valores que rege todos os âmbitos do Direito, inclusive o Civil, e que, no campo das relações privadas, diferentemente do que ocorre nas de Direito Público, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, o que implica a freqüente ocorrência de colisões, assevera que corresponde ao Direito Civil:

(...) la tarea, sumamente complicada, de encontrar por si mismo el modo y la intensidad de la influencia de los derechos fundamentales mediante el equilibrio o la ponderación de los derechos fundamentales en consideración.⁶

A transposição dos valores constitucionais para o Direito Privado caberia ao legislador:

Al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales,

⁴ Cf. BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 305.

⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 276.

⁶ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995, p. 57-60.

de modo diferenciado y concreto, en Derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada.⁷

Neste sentido, Vasco Pereira ressalta que a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas não se daria exclusivamente por meio das cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Segundo ele:

Dar-se-ia como que uma “recepção” dos direitos fundamentais pelo Direito Privado, quer através de normas expressas de Direito Privado concretizadoras dos direitos fundamentais, quer através de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, cujo conteúdo seria preenchido com os valores constitucionais.⁸

Nesse cenário, cabe ao juiz levar em conta o efeito de irradiação dos valores consagrados nos direitos fundamentais na hora de interpretar as normas de Direito Privado. A influência dos direitos fundamentais seria observada por ele preferencialmente na concretização das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, mas também seria levada a cabo na interpretação de qualquer norma privada e até fundamentaria, em casos excepcionais, decisões contrárias ao texto da lei.⁹ Em sentido muito próximo, ensina Hesse:

Evidentemente le incumbe (ao Juiz) en adelante el control de constitucionalidad de las normas jurídicas aplicables; en su caso, ha de interpretar el Derecho aplicable de conformidad con la Constitución, y debe observar los derechos fundamentales como principios objetivos en la precisión de conceptos indeterminados y en la interpretación de cláusulas generales.¹⁰

Diante deste quadro, parece assistir razão a Alexy quando afirma que a teoria da eficácia indireta conduz a resultados práticos semelhantes ao da teoria rival – a da eficácia direta. Com efeito, se ao Legislativo cabe, em primeira instância, realizar a ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos em uma relação privada, o Judiciário poderá, em última instância, rever, pelos mecanismos de controle de constitucionalidade, a ponderação legal e rejeitá-la, se entender que o legislador não avaliou bem os valores constitucionais em jogo. Em síntese, caberá sempre ao Judiciário dar a última palavra em matéria de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Partindo desta reflexão, Bilbao Ubillos é mais duro em sua crítica, taxando a teoria da eficácia indireta de “peripécia especulativa artificiosa”, a qual “no conduce a ninguna parte, o mejor dicho, que regresa al mismo punto de partida, sin despejar ninguna incógnita. Para esse viaje no eran necesarias tantas alforjas”.¹¹

⁷ *Ibidem*, p. 63-64.

⁸ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público* n. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45.

⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 512.

¹⁰ HESSE, K. *Op. cit.*, p. 65-66.

¹¹ BILBAO UBILLOS, J. *Op. cit.*, p. 321.

De toda sorte, a tese foi acolhida no âmbito da Corte Constitucional alemã, conforme se verifica da decisão do já clássico “caso Lüth”. A querela, ocorrida na década de 1950, girou em torno de boicote, conclamado pelo Sr. Lüth, Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, contra filme dirigido por Veit Harlan, diretor de cinema acusado de ter elaborado filme de conteúdo anti-semita na época do regime nazista.

A produtora do filme de Harlan, invocando o art. 826 do Código Civil (Quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro, está obrigado a reparar o dano), conseguiu, junto ao Tribunal de Hamburgo, decisão determinando a cessação do boicote, ao que Lüth se insurgiu interpondo recurso perante a Corte Constitucional, o qual foi acolhido sob o argumento de que o Tribunal a quo ignorou o efeito de irradiação do direito à liberdade de expressão na interpretação do conceito “contrário aos bons costumes” do mencionado art. 826 da lei civil.¹² Eis alguns trechos do julgado:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades do indivíduo contra interferências das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Isto decorre do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também dos progressos históricos que levaram à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países (...)

É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro (seguem-se citações de várias decisões). Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem objetiva de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento na comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do Direito (Público e Privado). Ele serve de critério para medir e avaliar todas as ações nas áreas da Legislação, Administração Pública e Jurisdição. Assim, é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do Direito Privado. Cada preceito do Direito Privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ser interpretado à luz de seu espírito.

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no Direito Privado por meio dos dispositivos legais diretamente aplicáveis sobre esta área do Direito. Estatutos recém-promulgados devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao Direito Privado, orientando a sua interpretação. Uma disputa entre particulares sobre direitos e deveres decorrentes de normas de Direito Privado – normas influenciadas pelos

¹² Informações colhidas de BILBAO UBILLOS. J. Op. cit., p. 305-308, SARMENTO, D. Op. cit., p. 141, MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 224-225.

direitos fundamentais – permanece substantiva e procedimentalmente uma disputa jurídico-civil. Aplica-se e interpreta-se Direito Civil, mas a interpretação deve estar de conformidade com a Constituição.

A influência da escala de valores dos direitos fundamentais afeta particularmente aqueles dispositivos do Direito Civil que contêm regras cogentes, de ordem pública – no sentido amplo do termo -, quer dizer, regras que, por razões do bem-estar geral, também são vigentes nas relações privadas e são retiradas da esfera de disponibilidade do particular. Devido à sua finalidade, estes dispositivos são intimamente relacionados ao Direito Público. Conseqüentemente, são substancialmente expostos à influência do Direito Constitucional. Para trazer esta influência à tona, as Cortes devem invocar as cláusulas gerais, que, como o art. 826 do Código Civil, fazem referência a standards fora do Direito Privado. “Bons costumes” é um desses standards. Para se determinar o que é requerido por normas como essas, deve-se considerar primeiramente o conjunto dos conceitos de valores que uma nação desenvolveu até certo ponto em sua história intelectual e cultural e positivou na sua Constituição. Este é o motivo pelo qual as cláusulas gerais têm sido corretamente chamadas de pontos onde os direitos fundamentais penetram no domínio do Direito Civil.

A Constituição exige que o juiz determine se os direitos fundamentais influenciaram as regras substantivas do Direito Civil na maneira descrita. (Se esta influência está presente) ele deve então, ao interpretar e aplicar estes preceitos, levar em conta tais modificações no Direito Privado. Isto decorre do art. I (3) da Lei Fundamental (que determina que o Legislador, o Judiciário e o Executivo façam cumprir os direitos fundamentais como “normas diretamente aplicáveis”). Se ele não aplica estes standards e ignora a influência do Direito Constitucional nas regras de Direito Civil, viola o Direito Constitucional objetivo ao desconhecer o conteúdo do direito fundamental (na qualidade de norma objetiva); como agente público, ele também viola o direito fundamental, cuja observância pelas Cortes o cidadão pode reclamar com base na Constituição. Afora os remédios disponíveis no Direito Civil, os cidadãos podem levar uma tal decisão à Corte Constitucional por meio de uma reclamação constitucional.¹³

Outro exemplo paradigmático da adoção da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas pela Corte Constitucional alemã se deu no “caso Blinkfüer”. No verão de 1961, mesmo após a construção do muro de Berlim, o semanário pró-comunista Blinkfüer continuava a veicular a programação de rádio e televisão das emissoras da antiga República Democrática Alemã. O poderoso grupo editorial Springer, então, promoveu um boicote à mencionada

¹³ KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Dunham and London: Duke University, 1997, p. 362-364 (tradução livre do autor).

revista, remetendo circular aos distribuidores de venda onde ameaçava romper relações comerciais com aqueles que continuassem a veiculá-la.

A revista, de reduzida circulação, requereu judicialmente, com base no art. 823 do Código Civil Alemão, indenização pelos danos causados pelo boicote. O Tribunal Superior Federal reformou a decisão do Tribunal Civil de instância, sob o argumento de que o boicote estava amparado na liberdade de expressão assegurada no art. 5.1 da Constituição. Recorreu, então, a pequena publicação *Blinkfüer* ao Tribunal Constitucional Federal, invocando o seu próprio direito à liberdade de expressão.

O Tribunal Constitucional, por sua vez, reformou a decisão do Tribunal Superior. Segundo informa Bilbao Ubillos¹⁴, a Corte Constitucional argumentou que as normas constitucionais são importantes na hora de estabelecer a ilicitude do ato causador do dano a que se refere o art. 823 da lei civil. Assim, de um lado, cabe aos Tribunais decidir até que ponto a liberdade de expressão ampara um boicote e, de outro, se o demandante pode alegar a seu favor a liberdade de imprensa. No caso em referência, o Tribunal a quo não levou devidamente em conta este direito do demandante, considerando lícito o boicote realizado pelo grupo Springer. Tal decisão, segundo o TCF, estendeu indevidamente o âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão de Springer.

É que, conforme asseverou o TCF, a conclamação de um boicote, para ser considerada uma genuína manifestação da liberdade de expressão assegurada constitucionalmente, há que se basear exclusivamente na força persuasiva dos argumentos intelectuais e não no uso abusivo do poder econômico para pressionar a sua aceitação, como ocorreu no caso concreto em análise.

Como se percebe, a Corte Constitucional alemã reconhece o elenco dos direitos fundamentais como um sistema de valores que influencia todos os ramos do Direito, inspirando e vinculando materialmente também o legislador privado, cujas prescrições, por sua vez, devem ser interpretadas pelo Judiciário à luz destes valores. Como restou assentado no “caso Lüth”, não por isso a questão deixa de ser de ordem privada: interpretam-se e aplicam-se normas de Direito Civil, ainda que sob a influência dos princípios constitucionais.¹⁵ Também nesta decisão a Corte firmou o entendimento de que os direitos fundamentais penetrariam nos domínios do Direito Civil por meio das cláusulas gerais, como “bons costumes”, “ordem pública” etc.

Não obstante as incoerências que lhe são imputadas¹⁶, a teoria da eficácia

¹⁴ BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 310.

¹⁵ Tal entendimento causou certa perplexidade a Bilbao Ubillos: é que, comenta o autor, segundo a legislação alemã, o recurso constitucional só é cabível diante da violação concreta de um direito fundamental. Estranha o jurista espanhol que o Tribunal admita o recurso, afirmando, inclusive, que a decisão da instância *a quo* vulnera o direito fundamental do demandante consagrado no art. 5.1 da Constituição e, sem embargo, dê a entender que o senhor Lüth não exerceu um direito fundamental. **Arremata em tom provocativo:** “*El propio Hesse tiene que reconocer que no está claro cuál es la naturaleza y el contenido concreto del derecho subjetivo que el ciudadano invoca en su demanda ante el Tribunal Constitucional*”. BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 319.

¹⁶ V. tópico 5.

mediata angariou adesão majoritária da jurisprudência e doutrina alemãs. Também na Áustria, esta doutrina é hegemônica, conforme noticia José Nunes Abrantes.¹⁷ Na França, informa Sarmento que, em razão da tradição legalista deste país, inspirada na filosofia de Rousseau, a influência dos direitos fundamentais no Direito Privado se dá, sobretudo, através do controle preventivo de constitucionalidade das leis, exercido pelo Conselho Constitucional, o qual evita a edição de leis contrárias aos valores consagrados nos direitos fundamentais e, em alguns casos, estabelece qual deve ser a interpretação constitucionalmente adequada de certas leis privadas.¹⁸

3. TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA

Também foi a Alemanha o berço da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Diferentemente da teoria rival, não logrou a presente tese ampla aceitação na doutrina e jurisprudência de sua pátria de origem, tendo, não obstante, conquistado adesão da comunidade jurídica de outros países, dentre os quais destacam-se: Portugal, Espanha, Itália, Argentina e até o Brasil.

Quem primeiro defendeu a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi Hans Carl Nipperdey. Segundo este Juiz do Tribunal Federal do Trabalho alemão, as ameaças aos direitos fundamentais no século atual não vêm apenas do Estado, “mas também dos grupos sociais, que detêm na sociedade de massas uma parcela cada vez maior de poder social e econômico”¹⁹, capaz de influenciar vários aspectos da vida e da personalidade dos indivíduos.²⁰

Nipperdey também parte da noção de Constituição como ordem objetiva de valores, que deve fundamentar toda a ordem jurídica, inclusive a privada, porém não concorda que a influência dos direitos fundamentais no Direito Privado se dê por meio de pontos de infiltração como as cláusulas gerais.²¹ Em verdade, alguns direitos fundamentais (não todos) devem ser diretamente aplicados nas relações privadas, valendo como direitos subjetivos contra entidades privadas detentoras de poder social. Mesmo entre os cidadãos “comuns” estes direitos poderiam ser aplicados diretamente, servindo de base para a invalidação de negócios jurídicos.²²

Com efeito, segundo Nipperdey, alguns direitos fundamentais só vinculam os poderes públicos, como o direito de asilo, a liberdade de reunião, a inviolabilidade de domicílio.²³ Porém, existem outros direitos fundamentais que

¹⁷ ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 47.

¹⁸ SARMENTO, D. *Op. cit.*, p. 243.

¹⁹ ANDRADE, J. *Op. cit.*, p. 277.

²⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²¹ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 160.

²² ANDRADE, J. *Op. cit.*, p. 278.

²³ BILBAO UBILLOS, *op. cit.*, p. 271.

garantem ao indivíduo uma esfera de liberdade constitucionalmente protegida contra outros entes privados,²⁴ fluindo destes direitos fundamentais verdadeiros direitos privados subjetivos do indivíduo.²⁵ Afirma o autor:

El efecto jurídico es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes, sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas, o crea otras nuevas, sean estas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación.²⁶

A tese chegou a ser acolhida em algumas decisões do Tribunal Federal do Trabalho alemão. Em uma delas (de maio de 1957), o Tribunal anulou cláusula do contrato de trabalho que previa a extinção do mesmo, caso a enfermeira, empregada de um hospital particular, contraísse matrimônio, por infração aos artigos 1.1, 2.1 e 6.1 da Lei Fundamental.²⁷ Em outra marcante decisão (de 1989), o Tribunal acolheu o pleito de um químico que, invocando a liberdade de consciência, recusou-se a participar de pesquisa, desenvolvida na instituição privada que o empregava, destinada à elaboração de um medicamento que, em situação de guerra nuclear, ajudaria os soldados a combater as náuseas.²⁸

Em Portugal, conforme notícia Bilbao Ubillos²⁹, um amplo setor da doutrina encampa a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que, segundo ele, atribui-se à declaração quase inequívoca da Constituição Portuguesa neste sentido³⁰, a qual, em seu art. 18.1, estabelece que os preceitos constitucionais relativos aos direitos e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Assim, destacam-se na defesa da tese da eficácia direta em Portugal: Gomes Canotilho³¹, Vital Moreira³²,

²⁴ *Ibidem*, loc. cit.

²⁵ ALEXY, R. Op. cit., p. 512

²⁶ NIPPERDEY, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*, apud ALEXY, R. Op. cit., p. 513.

²⁷ Cf. BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 572.

²⁸ Cf. SARMENTO, D. Op. cit., p. 246.

²⁹ BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 329.

³⁰ Em sentido contrário, Vieira de Andrade, segundo quem “se é certo que aí (art. 18.1) se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz *em que termos* se processa essa vinculação”. ANDRADE, J. Op. cit., p. 281.

³¹ Interessante observar a variação do pensamento de Gomes Canotilho acerca do tema: em obra conjunta com Vital Moreira, defende a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas “nos mesmos termos em que se aplicam nas relações entre particulares e o Estado” (MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 148). Entretanto, no seu *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed. 2000, após asseverar que a Constituição portuguesa consagrou inequivocamente a eficácia imediata (p. 1.207), propugna a adoção de soluções diferenciadas e adequadas, consoante o referente de Direito que estiver em causa no caso concreto (p. 1.208). Já em artigo mais recente, lança uma certa desconfiança no acerto da teoria da eficácia direta, no sentido de suspeitar se “o apego *Drittwirkung* não transporta um pathos ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas”, propondo uma suspensão reflexiva sobre o tema. CANOTILHO, J. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113.

³² MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. Op. cit.

Ana Prata³³ e Nunes Abrantes.³⁴ Vieira de Andrade³⁵ defende a eficácia direta na relação entre os particulares e os chamados “poderes privados”, no que é seguido por Vasco Pereira.³⁶ Não obstante a palpação do tema na doutrina lusitana, a jurisprudência não se manifestou conclusivamente acerca do mesmo.³⁷

Na Itália, a Corte Constitucional teve a oportunidade de se manifestar algumas vezes sobre a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Na sentença n. 122, de 09 de Julho de 1970, a Corte, julgando um caso de seqüestro de uma publicação por sujeitos privados, reconheceu expressamente que alguns direitos de liberdade consagrados na Constituição são oponíveis erga omnes e sua garantia não se dá só em face do poder público, mas também frente a particulares. No caso, assentou o Tribunal que ninguém poderia atentar contra a liberdade de expressão sem violar um bem que goza de rigorosa proteção constitucional.³⁸ Também digna de nota é a Sentença n. 88, de 26 de Junho de 1979, segundo a qual o direito à saúde é “direito primário e absoluto do indivíduo que deve ser ressarcido em qualquer hipótese de violação”.³⁹ No mesmo sentido, a Sentença n. 202/1991, que prescreve que “o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental da pessoa e bem primário constitucionalmente garantido é plenamente operativo também nas relações de Direito Privado”.⁴⁰,⁴¹ Na doutrina italiana, os nomes mais destacados entre os defensores da eficácia direta são: Vezio Crisafulli, Alessandro Pace e Pietro Perlingieri.⁴²

Na Espanha, segundo relata Bilbao Ubillos⁴³, a doutrina majoritária é adepta da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações

³³ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

³⁴ ABRANTES, João José Nunes. Op. cit.

³⁵ ANDRADE, J. Op. cit..

³⁶ PEREIRA DA SILVA, V. Op. cit.

³⁷ Conforme noticiam Sarmiento (SARMENTO, D. Op. cit., p. 255) e Bilbao Ubillos (BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 333).

³⁸ Cf. BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 333.

³⁹ *Ibidem*, p. 334.

⁴⁰ *Ibidem*, loc. cit.

⁴¹ Bilbao Ubillos taxa de vacilante a jurisprudência italiana, que, em momento algum, adere explicitamente à doutrina da eficácia frente a terceiros. Cita, nesta trilha, a Sentença n. 159, de 18 de novembro de 1970, onde, analisando caso de censura prévia realizada por comerciantes que retiravam as publicações contrárias à decência pública, a Corte Constitucional declarou que a censura proibida no art. 21.2 da Constituição Italiana é um instituto típico de direito público, razão pela qual a conduta dos comerciantes não seria incompatível com os princípios constitucionais. Segundo Ubillos, com esta decisão, “la Corte cerró todo resquicio a una eventual “Drittwirkung” de la libertad de expresión” (BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 334). Discordamos do mestre espanhol neste ponto. O fato de a Corte Constitucional Italiana ter entendido que a proibição de censura prévia dirige-se tão-somente aos entes públicos não significa uma rejeição à tese da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Como vimos, o próprio Nipperdey admitiu que nem todos os direitos fundamentais são invocáveis perante particulares. O que o Tribunal entendeu foi que a proibição de censura prévia seria um destes, fato que, por si só, não infirma a sua tendência à aceitação da tese da eficácia direta.

⁴² Cf. BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 335 e SARMENTO, D. Op. cit., p. 255-258.

⁴³ *Ibidem*, p. 349-360.

privadas. Entretanto, há discrepância na indicação do dispositivo constitucional que fundamenta esta aplicação direta, havendo quem apele à cláusula do Estado Social do art. 1.1, ao comando de igualdade substancial do art. 9.2 e à dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 10.1. **Porém, segundo o referido autor:**

(...) a la hora de buscar apoyos en el próprio texto constitucional, los defensores de una eficacia inmediata suelen esgrimir, como principal argumento, el enunciado del art. 9.1, que reconoce expresamente la sujeción de los ciudadanos a la Constitución.⁴⁴

Entretanto, prossegue Bilbao Ubillos, a sujeição dos particulares aos direitos fundamentais não tem o mesmo alcance nem a mesma intensidade que a dos poderes públicos. Segundo o autor o próprio Tribunal Constitucional espanhol encampa este entendimento.

En palabras del propio Tribunal Constitucional, la sujeción establecida en el art. 9.1 'se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución,... los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución' (STC 101/1983, de 18 de novembro, FJ 4^a).⁴⁵

Chama, ainda, a atenção o mestre espanhol para o fato de que os direitos fundamentais não formam uma categoria homogênea. Com efeito, as normas jusfundamentais reconhecem e garantem situações jurídicas muito diferentes, a demandar, por consequência, diferentes soluções e modalidades de tutela. Desse modo, existem direitos fundamentais de inquestionável eficácia perante os particulares, tais como o direito de greve, de liberdade sindical, o direito à honra, à intimidade e à própria imagem. De outra parte, existem direitos que, por sua natureza, são oponíveis unicamente frente ao Estado: direitos de participação política, de acesso em condições de igualdade às funções e cargos públicos, o princípio da legalidade penal, a proibição de tortura, de penas inumanas ou degradantes e de morte, a escusa de consciência ao serviço militar, as garantias do detento, as garantias referentes à desapropriação, dentre outros. Nos demais casos, a questão segue aberta, admitindo-se a eficácia em ambas as dimensões.

A Corte Suprema da Argentina acolheu a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da decisão do célebre "caso Kot", de 1958, em que o indivíduo assim chamado ingressou com recurso de amparo perante a Corte visando à desocupação de sua fábrica pelos operários grevistas que a tinham invadido e nela permanecido por alguns meses. Entendeu

⁴⁴ *Ibidem*, p. 351.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 352.

o Tribunal que:

(...) nada há, nem na letra nem no espírito da Constituição, que permita afirmar que a proteção aos chamados “direitos humanos” – porque são direitos fundamentais do homem – esteja circunscrita aos ataques que provenham somente da autoridade: menos ainda nos tempos presentes, em que grandes empresas, consórcios, sindicatos, associações profissionais, etc., assumem um enorme poderio material econômico.(...) nada há, tampouco, que autorize a afirmação de que o ataque ilegítimo, grave e manifesto contra qualquer dos direitos que integram a liberdade, lato sensu, careça da proteção constitucional adequada... pela simples circunstância de que este ataque emane de outros particulares ou de grupos organizados de indivíduos.⁴⁶

Por fim, há de se relatar que, no Brasil, o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas demorou a ocupar o palco dos debates doutrinários. É de observar, no entanto, que, dentre os poucos juristas locais que o abordam, prevalece quase que unanimemente a tese da eficácia direta, dentre cujos defensores destacam-se: Daniel Sarmento⁴⁷, Jane Reis Gonçalves Pereira⁴⁸ e Ingo Sarlet.⁴⁹

Para Sarmento, é do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como centro de gravidade da ordem jurídica que se impõe a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em suas palavras:

Condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal.⁵⁰

Levanta, ainda, Sarmento, amparado na lição de Luís Roberto Barroso⁵¹, como argumento em prol da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, a necessidade de aplicação direta das normas constitucionais no

⁴⁶ Trechos extraídos de BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 325 e de MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Ação especial para tutela de direitos fundamentais em face de particulares. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 20, p. 129, 1997.

⁴⁷ SARMENTO, D. Op. cit..

⁴⁸ PEREIRA, J. Op. cit.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁵⁰ SARMENTO, D. Op. cit., p. 288.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 260.

limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional, como forma de estender ao máximo o projeto de emancipação dos excluídos, albergado no seio da Constituição brasileira.⁵²

Pondera, entretanto, preocupado com a manutenção da ordem democrática, que “a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é, de fato, do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as do Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade”.⁵³ Ao juiz caberia aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas nos casos de lacuna da lei, ou quando a aplicação da mesma revelar-se em dissonância com as normas e valores constitucionais, cabendo, neste último caso, ao magistrado o ônus de demonstrar argumentativamente a inconstitucionalidade da norma legal.⁵⁴

Obtempera Sarmiento que a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais não se dá nos mesmos moldes do que ocorre em relação aos poderes públicos. No caso das relações privadas, há especificidades decorrentes da “necessidade de ponderação entre o direito fundamental em jogo e a autonomia privada⁵⁵ da pessoa cujo comportamento se cogita restringir”.⁵⁶ E prossegue o autor fornecendo alguns parâmetros balizadores desta ponderação, com o objetivo de limitar a margem de subjetivismo das decisões judiciais.

Gonçalves Pereira baseia a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas na própria força normativa da Constituição. Segundo ela, a “concepção de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma conseqüência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição”.⁵⁷

Não obstante, entende que, qualquer que seja a opção que se adote (eficácia mediata ou imediata) o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas “há de ser resolvido mediante um processo de ponderação, que deverá sopesar os diversos valores envolvidos”.⁵⁸ E indica, assim como Sarmiento, alguns parâmetros úteis para nortear este processo.

Também para Sarlet, a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais tem embasamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no reconhecimento da força normativa da Constituição. Adverte, porém, consignando uma preocupação comum aos outros autores nacionais citados:

O problema, em verdade, não está em se advogar a tese da vincu-

⁵² SARMENTO, D. Op. cit., p. 288-289.

⁵³ *Ibidem*, p. 284.

⁵⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁵ O autor empresta um sentido amplo ao termo autonomia privada, o qual, segundo ele, abrange tanto a autonomia negocial (comumente denominada de autonomia privada pelos juscivilistas) quanto o que designou de autonomia existencial, que envolve as escolhas existenciais da pessoa (que roupa vestir, com que pessoas se relacionar etc.). SARMENTO, D. Op. cit., p. 174 e ss..

⁵⁶ *Ibidem*, p. 282-283.

⁵⁷ PEREIRA, J. Op. cit., p. 185.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 186.

lação direta dos particulares aos direitos fundamentais, mas sim em avaliar qual a intensidade desta vinculação e quais as conseqüências práticas a serem extraídas no caso concreto, especialmente em face do reconhecimento da peculiaridade destas relações (entre particulares), decorrente da circunstancia de se cuidar, em regra, de uma relação entre titulares de direitos fundamentais.⁵⁹

No âmbito jurisprudencial, conforme noticia Sarmento⁶⁰, os Tribunais pátrios, salvo raríssimas exceções, não têm refletido as discussões doutrinárias em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Entretanto, algumas decisões já foram proferidas aplicando-se diretamente os direitos fundamentais em relações entre particulares, sem, todavia, explicitação de seus fundamentos teóricos. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, deu ganho de causa aos associados de uma cooperativa da qual haviam sido expulsos sem a observância do devido processo legal, em acórdão assim ementado:

Cooperativa – Exclusão de associado – Caráter punitivo – devido processo legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente da conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE 158.215-4, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.06.1996, p. 19.830)

Nesta mesma linha, o Pretório Excelso, também em sede de recurso extraordinário, acolheu a pretensão de empregado brasileiro de empresa francesa que buscava a extensão para si das vantagens conferidas no Estatuto do Pessoal da Empresa, o qual só beneficiava os empregados de nacionalidade francesa. Eis a ementa do acórdão:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art. 153, § 1º, CF, 1988, art. 5º, caput.

I- Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: (CF, 1967, art. 153, §1º, CF, 1988, art. 5º, caput)

II- A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do

⁵⁹ SARLET, I. Op. cit., p. 156.

⁶⁰ SARMENTO, D. Op. cit., p. 292 e segs..

STF: Ag 110.846 (AgRg) – Pr, Célio Borja, RTJ 119/465. (RE 161.243-DF, REL. MIN. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997, P. 57)

O debate acerca das teorias que versam sobre a vinculação dos particulares às relações privadas chegou a ser ventilado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Tratava-se de habeas corpus impetrado por motorista de táxi cuja prisão civil foi decretada em razão de dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária, a qual, em razão dos juros estabelecidos, elevou-se exorbitantemente, demandando, para sua quitação, o consumo total dos recursos que o paciente tinha a expectativa de perceber ao longo de sua vida toda. A decisão foi assim ementada:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º. e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17º da LICC. DL 911/67. Ordem deferida. (HC 12.547-DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12/02/2001)

Convém transcrever trecho do voto do ministro relator onde, após descrever rapidamente as doutrinas da eficácia direta e indireta, manifesta sua opção pela primeira, reconhecendo, porém, que tanto uma como a outra conduzem ao mesmo resultado prático.

Não me parece que a eficácia na relação de Direito Privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação do direito fundamental (...). No caso dos autos, porém, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige.

Ao que parece, o pensamento do ministro relator está em consonância com a reflexão de Alexy, para quem as três teorias acerca da influência dos direitos fundamentais nas relações privadas (incluindo a teoria dos deveres de proteção

a ser detalhada no tópico a seguir) conduzem a resultados semelhantes.⁶¹

4. TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

Mais recentemente, desenvolveu-se na Alemanha uma doutrina que aborda as questões relativas ao efeito dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir do dever que o Estado tem de protegê-los, tendo sido designada teoria dos deveres de proteção. Baseia-se no entendimento de que a vinculação do Estado aos direitos fundamentais não se resume à mera abstenção de ações que possam lesá-los, mas imprime-lhe também um dever de protegê-los de quaisquer ataques, inclusive dos oriundos de particulares. Assim, o destinatário dos direitos fundamentais sempre seria o Estado, a quem caberia proteger as pessoas das ameaças a seus direitos fundamentais provenientes de outros particulares.

Segundo esta teoria, na elaboração da lei, deve o legislador levar a cabo a sua tarefa de proteger os direitos fundamentais “criminalizando condutas, estabelecendo limites à liberdade negocial etc.”.⁶² Nisto há consenso entre os seus defensores. Sem embargo, há certa controvérsia quanto à fixação do papel do Judiciário. Com efeito, Stefan Oeter entende que o dever de proteção é dirigido somente ao Legislativo. Segundo ele, descumprindo o legislador o referido dever, não cabe ao Judiciário suprir a lacuna, restando-lhe apenas a via da declaração de inconstitucionalidade por omissão, a qual, no ordenamento alemão, não permite a veiculação de norma pelo Judiciário.⁶³ Ao seu turno, Canaris advoga a tese de que o legislador pode desenvolver a proteção dos direitos fundamentais de forma mais precisa, editando regras bem determinadas, ou deixar uma maior margem de discricionariedade ao Judiciário por meio da utilização de cláusulas gerais.⁶⁴ Sarmento, amparado em Capitant, entendendo que “a teoria dos deveres de proteção baseia-se na idéia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais deve incumbir ao legislador e não ao Judiciário”⁶⁵, observa, todavia, que ela reserva ao Judiciário, por intermédio do controle de constitucionalidade das normas de Direito Privado, a possibilidade de reavaliar a proteção legal destinada ao direito fundamental, reforçando-a, se entender que ela foi insuficiente, ou atenuando-a, se entender que não foi atribuído o peso devido à autonomia privada dos particulares.⁶⁶ No caso de lacuna da lei (vazio de proteção), admite Canaris a possibilidade de sua colmatação pelo Judiciário, utilizando-se dos princípios extraídos diretamente dos direitos fundamentais.⁶⁷ Para Alexy, os deveres de

⁶¹ ALEXY, R. Op. cit., p. 514.

⁶² PEREIRA, J. Op. cit., p. 163.

⁶³ JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 140-141.

⁶⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*, 1999, apud SARMENTO, D. Op. cit., p. 260.

⁶⁵ SARMENTO, D. Op. cit., p. 261.

⁶⁶ Ibidem, loc. cit.

⁶⁷ JULIO ESTRADA, A. Op. cit., p. 144-145.

proteção alcançam tanto o legislador como o juiz.⁶⁸

Olhando-se por este prisma, o da vinculação também do juiz aos deveres de proteção, a teoria em comento em muito se aproxima à da eficácia indireta, pelo menos nos moldes em que defendida por alguns autores, tais como Hesse. Como visto, para este autor, ao legislador incumbe a tarefa de encontrar o modo e a intensidade de influência dos direitos fundamentais nas relações privadas mediante o equilíbrio ou a ponderação dos direitos fundamentais em jogo. Entretanto, segundo ele, pode o juiz exercer o controle de constitucionalidade sobre a norma de Direito Privado, reavaliando a ponderação efetuada pelo legislador. O próprio Hesse, freqüentemente apontado como representante da teoria da eficácia indireta, já chegou a reconhecer a existência de deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado:

(...) pode resultar diretamente de direitos fundamentais um dever estatal de preservar um bem jurídico, protegido por eles, de violações e ameaças antijurídicas por outros, sobretudo por privados, mas também por outros Estados, portanto, por “pessoas” ou “poderes”, que, mesmos, não são destinatários dos direitos fundamentais da Lei Fundamental.⁶⁹

Em verdade, defender que os direitos fundamentais não vinculam diretamente os particulares, mas impõem ao Estado o dever de protegê-los nas relações entre eles, significa, em última instância, defender que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é somente indireta. Neste sentido, Bilbao Ubillos não reconhece autonomia à teoria dos deveres de proteção, analisando os seus postulados em meio à descrição que faz da teoria da eficácia mediata, considerando, inclusive, o dever de o Estado proteger os direitos fundamentais dos ataques de outros particulares como pressuposto da eficácia indireta.⁷⁰ Por sua vez, Gonçalves Pereira dá a entender que o caso Lüth, sempre apontado como paradigma jurisprudencial da teoria da eficácia indireta, embasa, na verdade, a teoria dos deveres de proteção no que se refere ao dever do Juiz de promover a tutela dos direitos fundamentais por meio da atividade hermenêutica.⁷¹

De nossa parte, entendemos que há uma sutil diferença entre a teoria da eficácia mediata e a dos deveres de proteção, a justificar o tratamento apartado desta última. É que, na primeira, a mediação dos poderes públicos na concretização dos direitos fundamentais na ordem privada decorre do efeito de irradiação dos valores consagrados nas normas jusfundamentais para todos os ramos do Direito, enquanto que, para a segunda, embora não se negue esse efeito irradiativo, aponta-se como fundamento específico para a referida me-

⁶⁸ ALEXY, R. Op. cit., p. 513.

⁶⁹ HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 278.

⁷⁰ BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 283 e ss.

⁷¹ PEREIRA, J. Op. cit., p. 163.

dição o dever de o Estado proteger os direitos fundamentais dos indivíduos contra os ataques de terceiros.

Uma posição extremada da teoria dos deveres de proteção foi adotada pelo alemão Jürgen Schawbe⁷², tendo já sido batizada como “teoria da convergência estatista”.⁷³ O raciocínio desenvolvido pelo autor impressiona pela simplicidade, mas, diga-se de antemão, leva a conseqüências absurdas.

Segundo Schawbe, se o Estado não proíbe as intervenções de particulares em bens constitucionalmente protegidos, significa que as permite. Assim, o Estado, ao se omitir em proibir legalmente a ação particular violadora dos direitos fundamentais, ou ao se omitir em impedi-la por meio da sua atuação administrativa ou judicial, acaba por participar da lesão ao direito fundamental, a qual, em última análise, pode lhe ser imputada. Desse modo, segundo ele, o problema da eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais não passa de um problema aparente, uma vez que a afronta ao direito fundamental sempre parte do Estado, não deixando, destarte, de ser uma relação de Direito Público.

As críticas mais contundentes à teoria de Schwabe ficaram a cargo de Alexy.⁷⁴ Segundo ele, “el mero hecho de que una acción no esté prohibida – y, por lo tanto, esté permitida – no fundamenta ni una participación del Estado en su realización ni la imputación de su realización al Estado”.⁷⁵ Prossegue Alexy afirmando que esta construção pressupõe uma responsabilidade universal do Estado por todas as ações não proibidas às pessoas, o que parece insustentável. Assim, exemplifica (evidenciando o absurdo da tese), um simples convite para jantar poderia ser atribuído ao Estado. É evidente, destarte, segue exemplificando, que o fato de um terceiro ameaçar intensamente um matrimônio, não obstante a permissão de tal comportamento, não significa uma participação do Estado na conduta.⁷⁶

Sarlet tece crítica de natureza filosófica à teoria da convergência estatista, situando a liberdade como algo inerente ao ser humano, não cabendo ao Estado autorizá-la, mas apenas limitá-la, razão pela qual não se pode considerar que todas as ações lícitas humanas decorram de uma não-proibição estatal.

Ainda que superada a concepção liberal-burguesa, e cientes de que a liberdade não é, em princípio, absoluta, mas sim, juridicamente conformada e limitada, não se poderá recair no extremo oposto, isto é, sustentar que liberdade não apenas é juridicamente limitada, mas até mesmo é tida como criada pelo aparelho regulamentador estatal, já que o ser humano, por força de sua própria natureza e dignidade, é livre, razão pela qual – já por este fundamento – não

⁷² SCHWABE, Jürgen. *Die sorgennante Drittwirkung der Grundrechte*, apud BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 287-288 e ALEXY, R. Op. cit., p. 442 e ss.

⁷³ Cf. SARLET, I. Op. cit., p. 133.

⁷⁴ ALEXY, R. Op. cit., p. 441 e ss. e p. 513.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 443.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 443-444.

há como acolher a tese de Schwabe, no sentido de que toda e qualquer atuação dos particulares seja, em última análise, decorrência de uma autorização ou não-proibição do Estado.⁷⁷

5. CONCLUSÃO: CRÍTICAS À TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA E À DOS DEVERES DE PROTEÇÃO: POR UMA VINCULAÇÃO DIRETA DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Examinadas as principais teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, explicitaremos, neste tópico, as razões pelas quais defendemos que a vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais deve ser direta e imediata.

Para isso, cumpre-nos, inicialmente, rebater as críticas lançadas pelos defensores da teoria da eficácia mediata ou indireta. Em verdade, esta doutrina equilibra-se entre o admitir uma eficácia perante terceiros dos direitos fundamentais e o evitar os riscos apontados por aqueles que negam a vinculação dos entes privados. Assim, como bem constatou Gonçalves Pereira⁷⁸, baseia-se essencialmente em críticas à incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo que os argumentos utilizados não apontam máculas ou equívocos da teoria da eficácia direta enquanto construção jurídica em si, mas para os eventuais danos que a incidência direta pode ocasionar. Assim, ao invés de chegar livremente a conclusões lógicas, a partir da análise objetiva dos institutos jurídicos em questão, parte de fins já predeterminados, buscando adaptar os institutos a eles, muitas vezes deturpando-lhes a essência. O irônico, entretanto, é constatar que, apesar de todo o artifício utilizado, na prática, conduz aos mesmos resultados, como observou Alexy.

A primeira crítica formulada pela doutrina consiste no receio de uma suposta aniquilação da autonomia privada pela vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Para Dürig, a existência do princípio geral de liberdade, do qual decorre a autonomia privada, permite que os particulares, na conformação de suas relações uns com os outros, disponham de seus direitos fundamentais. Portanto, seria equivocada conceder-lhes uma eficácia direta nas relações privadas.⁷⁹

O argumento não procede. Primeiro, porque praticamente todos os que defendem a aplicação direta entendem que a vinculação do particular não tem a mesma intensidade que a do Estado, em razão de, na relação privada, figurarem dois titulares de direitos fundamentais. Segundo, porque a autonomia privada, não obstante também ser objeto de proteção constitucional⁸⁰ e um dos princípios

⁷⁷ SARLET, I. Op. cit., p. 136.

⁷⁸ PEREIRA, J. Op. cit., p. 180-181.

⁷⁹ Cf. JULIO ESTRADA, A. Op. cit., p. 117

⁸⁰ Pode-se deduzi-la do princípio geral de liberdade, insculpido no art. 5º, II da CF/88 (v. 4.1) ou da própria dignidade da pessoa humana. Cf. JULIO ESTRADA, A. Op. cit., p. 117.

basilares do Direito Privado, não há que ser considerada absoluta, devendo, como todos os demais princípios, ser objeto de ponderação com outros bens e direitos constitucionalmente protegidos.

Também se costuma criticar a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares apontando-lhe um ranço antidemocrático⁸¹, na medida em que os juízes desprezariam os preceitos legais para solucionar os casos concretos, a pretexto de aplicar diretamente os direitos fundamentais. Há um exagero na afirmativa. Com efeito, o reconhecimento da eficácia direta não é incompatível com o entendimento de que a tarefa de concretizar os direitos fundamentais nas relações entre particulares, harmonizando-os com a liberdade jurídica, incumbe com primazia ao legislador democrático. Desta maneira, o juiz, na solução do caso concreto, deve observar primeiro a norma legal aplicável à situação. Só aplicará diretamente os direitos fundamentais no caso de lacuna legal ou de reputar a lei incompatível com os direitos e interesses consagrados na Constituição, ocasião em que lhe caberá o ônus da argumentação.

Ademais, a própria teoria da eficácia mediata preconiza a vinculação do legislador privado à ordem de valores consagradas no texto constitucional. Daí, em razão da idéia de supremacia da Constituição, é conferido ao Judiciário o poder de afastar a incidência da lei com ela incompatível. Tal fato é observado em relação às normas de todos os ramos do Direito, sem que com isso se pleiteie a impossibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais, não havendo motivo para ser diferente no Direito Civil. Com este argumento, já se rebate também a crítica de que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas infirmaria a autonomia do Direito Privado.⁸² Em verdade, não pode este ramo do Direito constituir um verdadeiro gueto dentro do ordenamento jurídico, insubordinado aos ditames constitucionais e refratário ao controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário.

Outra crítica que se faz, intimamente conectada com as duas anteriores, é a de que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas geraria insegurança jurídica, pois se trocaria a segurança e previsibilidade das normas legais de Direito Privado pela adoção de soluções com base em princípios constitucionais, por natureza vagos e abstratos.⁸³ A esta altura, cumpre constatar, juntamente com Gonçalves Pereira, que a questão “tem por pano de fundo um problema mais amplo, que diz respeito à natureza e aos limites da função judicial no Estado contemporâneo”.⁸⁴ O advento do pós-positivismo, trazendo a reboque o reconhecimento do caráter normativo dos princípios, coloca os juristas diante do desafio de conciliar os ganhos aurídos com uma maior abertura axiológica da interpretação e aplicação do Direito com uma inevitável afetação da segurança jurídica. Neste cenário, melhor do que retroceder e rejeitar

⁸¹ Cf. HESSE, K. *Op. cit.* (1995), p. 60 e ss.

⁸² Cf. HESSE, K. *Op. cit.* (1995), p. 60-61.

⁸³ Cf. CAMPO, Javier Jiménez, no prólogo do livro de BILBAO UBILLOS, J. *Op. cit.*, p. 23-24.

⁸⁴ PEREIRA, J. *Op. cit.*, p. 183.

a plena aplicabilidade dos direitos fundamentais é buscar diminuir a margem de insegurança através de construções que forneçam parâmetros objetivos para a ponderação entre os diversos valores envolvidos.⁸⁵

De outra parte, a teoria dos deveres de proteção não resolve de maneira satisfatória a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Partindo do mesmo objetivo da teoria da eficácia mediata, qual seja, evitar os supostos riscos de uma vinculação direta dos particulares, acaba por incorrer em seus mesmos pecados, constituindo-se em uma construção artificiosa, que se perde em seus próprios caminhos. Ou seja, se existe um dever do Estado de proteger o direito fundamental “x” de um particular “A” em face de outro particular “B”, é porque o particular “B” pode lesionar o direito “x” de “A”. Ora, como diz Alexy, “un derecho puede ser lesionado sólo por aquél frente a quien existe”.⁸⁶ Portanto, existe um direito fundamental “x” de “A” frente a “B”. Como constatou o jurista alemão, no caso *Blinkfüer*, a Corte de Justiça Federal lesionou o direito do editor do periódico a uma proteção à sua liberdade de expressão em face do boicote promovido pelo grupo Springer, não levando devidamente em conta este princípio na análise do caso. Isto pressupõe a existência de um direito do editor de *Blinkfüer* a que o grupo Springer se omita de conclamar o boicote, em razão do princípio da liberdade de expressão.⁸⁷ Portanto, a existência dos deveres de proteção do Estado aos direitos fundamentais contra os atos de terceiros pressupõe uma vinculação direta destes àqueles.

Convém registrarmos que a adoção da teoria da eficácia direta não é incompatível nem com a noção de ordem de valores subjacentes no texto constitucional, a qual se irradia para todos os ramos do Direito, inclusive o Privado (fundamento da teoria da eficácia mediata), e nem com a existência de deveres de proteção do Estado contra os ataques a direitos fundamentais oriundos de terceiros. Apenas vai mais além e admite aquilo que as outras duas principais teorias tiveram receio de afirmar, mas que não conseguem disfarçar, mesmo recorrendo a sofisticados artifícios retóricos: os direitos fundamentais vinculam diretamente também os particulares.

Conforme já se afirmou, a resistência a uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas baseia-se no receio dos efeitos que dela possam decorrer. Refutados os argumentos que embasam este receio e constatado que mesmo a adoção da teoria da eficácia mediata não os evitaria por completo, já que todas as teorias na prática conduzem aos mesmos resultados, a aceitação da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais se impõe.

De fato, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais chegou ao ponto aonde as outras não chegaram por injustificado receio. Neste sentido,

⁸⁵ Sobre a sistematização de parâmetros objetivos de ponderação nas questões que envolvem a aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas, ver SARMENTO, D. Op. cit. p. 301-312 e PEREIRA, J., Op. cit., p. 180-190.

⁸⁶ ALEXY, R. Op. cit., p. 517.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 521-522.

é inegável que, se se quiser dar a máxima proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, não se há de limitar a sua influência nas relações privadas à concretização do legislador, uma vez que a multiplicidade dos fatos da vida escapam-lhe à previsão. A proteção adequada só se observará se o particular estiver diretamente vinculado aos direitos fundamentais.

De outra parte, a teoria da eficácia direta é a única que guarda coerência com o reconhecimento de uma efetiva força normativa de todas as normas constitucionais, a qual impõe a incidência direta delas no caso de lacuna legal e a declaração de inconstitucionalidade da lei com elas incompatível.

Ademais, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais é uma imposição lógica, senão vejamos: se os direitos fundamentais têm aplicação imediata, conforme estabelece a CF/88, no §1º do art. 5º, e se os direitos fundamentais se aplicam às relações privadas (premissa da qual partimos inicialmente), logo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é imediata. Entender o contrário é admitir que, no âmbito das relações indivíduo/Estado, os direitos fundamentais têm aplicação imediata, enquanto que, no campo das relações indivíduo/indivíduo, a aplicação é apenas mediata, distinguindo-se onde não o fez o constituinte. Ora, os direitos fundamentais não alteram a sua natureza ao vincular particulares. Desse modo, é até admissível haver dúvidas quanto à incidência ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas. No entanto, uma vez admitida esta incidência, não se pode negar a sua aplicação imediata nesta seara.

Por fim, convém delinear os contornos da eficácia imediata que defendemos. Primeiramente, repetimos mais uma vez, ela não contraria as bases da teoria da eficácia mediata – a de que os direitos fundamentais consagram valores que se irradiam para todos os ramos do Direito. Apenas vai mais além. Também não vai de encontro ao reconhecimento de um dever de proteção do Estado destes direitos contra ataques de terceiros, sendo, conforme se demonstrou, pressuposto desta idéia. Também destacamos que, em homenagem ao princípio democrático, a concretização dos direitos fundamentais nas relações privadas é tarefa precípua do legislador. Assim, diante do caso concreto, o juiz aplicará, com preferência, a lei. Entretanto, aplicará diretamente os direitos fundamentais em duas situações: a) quando inexistir lei a disciplinar a questão; b) se verificar que a concretização dos direitos fundamentais, levada a cabo pelo legislador, não tomar devidamente em conta o alcance dos mesmos.

6. REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2002. (Reimpressão).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa* de 1976. Coimbra: Almedina, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1996.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do Direito pós-moderno. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115;

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (orgs.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 227-246.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, p. 111-125, 1999.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y Derecho Privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Dunham and London: Duke University Press, 1997.

LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. Direitos fundamentais e as relações entre particulares. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, n. 3, p. 73-81, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 211-229.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

MÜNCH, Ingo von. *Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*. In: CODERCH, Pablo Salvador (org.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997, p. 25-54.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 82, p. 41-52, 1987.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 82, p. 41-52, abr./jun.1987.



DERECHOS HUMANOS, INDÍGENAS Y MULTICULTURALISMO*

*Ana Maria D'Ávila Lopes***

RESUMEN

En el mes de octubre de 2006, la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, Argentina, inculcó un indígena wichí acusado de violar su hijastra de 9 años, por entender que el acto fue consecuencia de la práctica de una costumbre milenar de la comunidad wichí. Esta decisión provocó una gran polémica en la sociedad argentina porque se cuestionó si el respeto a una costumbre cultural puede justificar la violación de derechos humanos individuales. En este artículo, ese tema es estudiado bajo la Teoría del Multiculturalismo que busca ofrecer subsidios teóricos para la comprensión de las diferencias culturales entre los pueblos.

Palabras-clave

Multiculturalismo, Derechos Humanos, Indígenas, Minorías

RESUMO

Em outubro de 2006, a Corte Suprema de Justiça de Salta (Argentina), declarou inocente um indígena *wichí*, acusado de estuprar sua filiada de 9 anos, por entender que o ato correspondia à prática de um costume milenar da comunidade *wichí*. A decisão tem provocado uma grande polémica devido a que se discute se o respeito a um costume cultural pode justificar a violação de um direito humano individual. Neste artigo, o tema tem sido analisado sob a perspectiva da Teoria do Multiculturalismo, que busca oferecer bases teóricas para entender as diferenças culturais entre os diferentes povos.

Palavras-chave

Multiculturalismo. Direitos Humanos. Indígenas. Minorias

1. INTRODUCCIÓN

En los primeros días del mes de octubre de este año, un fallo judicial

* Conferencia pronunciada en el seminario: "O que é o direito?", organizado pelo Centro de Assessoria Jurídica (CAJU) de la Universidade Federal do Ceará (UFC), realizado en noviembre de 2006.

** Doctora en Derecho Constitucional por la Universidade Federal de Minas Gerais. Profesora del Programa de Post-graduación de la Universidade Federal do Ceará y de la Universidade de Fortaleza.

emitido por la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, Argentina, atrajo la atención de la prensa de ese país¹.

Se trata de la decisión que declaró inocente un indígena wichí de 29 años, acusado de violar, en agosto de 2005, su hijastra de 9 años, también indígena wichí. La denuncia había sido hecha por la profesora (que no es indígena) de la niña, al percatarse de que ésta se encontraba embarazada.

La citada Corte de Justicia fundamentó sua decisión básicamente en los siguientes puntos:

1º. En los informes presentados por antropólogos que demostraron que es costumbre de los indígenas wichí que el nuevo marido de la madre tenga derecho a mantener relaciones sexuales con sus hijas solteras en edad reproductiva;

2º. En los artículos 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, que tratan de las garantías judiciales del debido proceso², ya que en la Corte fue argüido

¹ Cf. LA VOZ. *Liberan a indígena que violó a hijastra por ser pauta cultural*. Disponible en: http://www.lavoz.com.ar/herramientas/imprimir_notas.asp?nota_id=8578. Acceso en: 4 de noviembre de 2006. EL TRIBUNO. *Absuelven a un aborigen acusado de embarazar a una wichí de 10 años*. Disponible en: http://eltribunosalta.com.ar/edicion-salta/salta/20061011_194127.php. Acceso en: 4 de noviembre de 2006. COPENOA. *Wichí: violación o identidad cultural*. Disponible en: <http://www.copenoa.com.ar/v2/spip.php?article265>. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

² Artículo 8º - Garantías judiciales

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
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: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e, h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

(...)

Artigo 25º - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo,

de que el indígena wichí no tuvo su derecho a la amplia defensa respetado durante el juicio de primera instancia, cuando fue condenado por abuso sexual con agravantes;

3°. En el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución de la Nación Argentina, que establece que:

Art. 75.- Corresponde al Congreso:

(...)

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones

(...)³

Norma similar, a la prevista en la Ley Mayor Argentina, se encuentra en la Constitución Federal brasileña de 1988 (CF/88) en los siguientes artículos:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

(...)

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, cos-

perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;
- c) assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

OEI. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica). Disponible en: http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights_esp.htm Acceso en: 4 de noviembre de 2004.

³ ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Disponible en: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/disposiciones.php>. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

tumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)⁴

La decisión judicial de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta provocó una serie de protestos en la sociedad argentina en general y, especialmente, en el interior de los grupos defensores de los derechos de los niños y de los adolescentes, los que consideran que el derecho a la preservación y protección de las manifestaciones culturales de las comunidades indígenas no puede sobreponerse al derecho humano de la integridad física y moral de los niños y de los adolescentes⁵.

Es éste, sin duda, un asunto polémico. Para las sociedades que siguen los padrones culturales occidentales provoca espanto, y hasta revuelta, tener que aceptar como normal la costumbre de una sociedad que determina que una niña, después de su primera menstruación, tenga relaciones sexuales con un adulto mayor de su comunidad.

La costumbre, antes citada, no es exclusiva de la comunidad wichí. La mayoría de las comunidades indígenas de Latinoamérica, y muchas otras del resto del mundo, siguen esa tradición como un comportamiento necesario para la continuidad de su propia existencia. En sociedades, cuya economía aún está basada en actividades primarias, la mano de obra es un elemento indispensable de subsistencia y, en ese sentido, cuanto más joven una mujer comience a tener hijos, mayor el número de hijos tendrá y, así, estará garantizada su propia sobrevivencia y la de su familia.

De cualquier modo, el argumento práctico, en el que se funda la costumbre wichí, parece no ser suficiente para justificar un acto que la sociedad occidental entiende como contrario a lo que es considerado "correcto", "bueno", "civilizado", llevándose en consideración la serie de protestos provocados y los adjetivos empleados para criticar esa tradición.

El padrón cultural occidentalizado de parte de la sociedad argentina entró en conflicto con los valores culturales de una antigua y pequeña comunidad indígena wichí. Cuál debe prevalecer?

Para la Corte de Justicia de la Provincia de Salta la respuesta ya ha sido dada. La Constitución argentina protege la identidad y las manifestaciones culturales indígenas. Es más, diversos son hoy los documentos internacionales que proclaman la defensa de los valores culturales de los pueblos aborígenes⁶,

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

⁵ Cr. Fórum de discussões em: COPENOA. *Wichi: violación o identidad cultural*. Disponible em: <http://www.copenoa.com.ar/v2/spip.php?article265>. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

⁶ ONU. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*, de 21 de

buscando, de esa forma, revertir la situación de persecución, exclusión y genocidio a los que estuvieron durante siglos sistemáticamente sometidos.

Ese cambio de paradigma podría ser resumido en apenas una palabra: Multiculturalismo.

2. EL MULTICULTURALISMO

El Multiculturalismo es la teoría que defiende la valorización de la cultura de los diversos grupos que pueden componer una sociedad. Es la teoría que defiende que ser diferente não significa ser ni mejor ni peor que los otros. Es la teoría que se rebela contra la uniformización o padronización del ser humano. Es la teoría que valoriza las minorías y sus especificidades. Es la teoría que entiende que lo más valioso que tiene la humanidad es su diversidad.

Durante siglos, se consideró que ser humano “bueno” era el hombre blanco, saludable, rico, cristiano, heterosexual y alfabetizado. Diferentemente, las mujeres, negros, indígenas, no cristianos, homosexuales, discapacitados, pobres y analfabetos fueron, y muchas veces aún continúan siendo, considerados seres de segunda clase, seres inferiores por no corresponder al padrón culturalmente impuesto por la cultura occidental hegemónica.

El Multiculturalismo viene justamente a cuestionar la jerarquización del ser humano. Pero, ¿qué de diferente o de nuevo propone la teoría del Multiculturalismo que no pueda incluirse entre las ideas y principios propuestos por los teóricos de los derechos humanos?

La Teoría de los Derechos Humanos tuvo su origen en el final del siglo XVIII, época en la cual se buscó crear mecanismos para defender al ser humano frente al poder opresor del Estado. En ese sentido, bajo la teoría del Justnaturalismo, fueron elaborados documentos estableciendo derechos que todo ser humano posee apenas por el hecho de ser tal, independientemente de la voluntad estatal. Así, los derechos humanos son definidos como el conjunto de derechos inherentes a todo ser humano y, debido a su carácter ontológico, son considerados derechos universales, inmutables, atemporales, válidos en cualquier tiempo y lugar⁷.

El catálogo original de los derechos humanos comprendía apenas los típicamente individuales, debido al Liberalismo reinante en la época de su surgimiento teórico y a la búsqueda por una coherencia teórica con su propia denominación, que demanda tener como titular apenas ser humano. En la

dezembro de 1965. Disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm. Acceso en: 4 de noviembre de 2006. ONU. *Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais étnicas, religiosas e lingüísticas*, de 18 de dezembro de 1992. Disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

⁷ Cf. LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2001.

actualidad, diversos doctrinadores incorporaron a la lista de los derechos individuales, otros grupos de derechos: los sociales, económicos, culturales y difusos. Sin embargo, la aceptación de estos últimos grupos como derechos humanos no se encuentra ni legislativa ni doctrinariamente aceptada en el derecho comparado. Ejemplo de ello fue la necesidad de elaborar, en 1966, dos Pactos diferentes para dar concretización jurídica a los diferentes derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. De esa manera, fue proclamado, por un lado, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (incluyendo los derechos típicamente individuales) y, por otro, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales⁸.

Obsérvase, así, que la Teoría de los Derechos Humanos no comprende derechos especialmente destinados a la protección de minorías, las que, diferentemente, sí son el centro de interés de la Teoría del Multiculturalismo.

La definición de minoría depende mucho de la sociedad y de la época histórica en la que se la elabora, pues es un concepto íntimamente ligado a la cultura de cada pueblo. Así, tradicionalmente, apenas fueron consideradas minorías los grupos con características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a la mayoría de la sociedad a la que pertenecen⁹. Hoy, el concepto se ha ampliado, conforme enseña Andrea Semprini:

“Uma segunda interpretação do multiculturalismo privilegia sua dimensão especificamente cultural. Ela concentra sua atenção sobre as reivindicações de grupos que não têm necessariamente uma base ‘objetivamente’ étnica, política ou nacional. Eles são movimentos sociais estruturados em torno de um sistema de valores comuns, de um estilo de vida homogêneo, de um sentimento de identidade ou pertença coletivos, ou mesmo de uma experiência de marginalização. Com frequência é esse sentimento de exclusão que leva os indivíduos a se reconhecerem, ao contrário, como possuidores de valores comuns e a se perceberem como um grupo à parte”.¹⁰

No obstante, debemos llamar la atención para el hecho de que ciertas minorías son mayorías numéricas, como sucedía en África del Sur en el tiempo del apartheid, donde la población negra, a pesar de ser la mayoría numérica, estaba excluida de la tomada de decisiones y sus derechos eran limitados por los blancos, quienes eran los que realmente detentaban el poder. En ese sentido, el criterio numérico puede ser insuficiente para definir cuando un grupo puede ser considerado una minoría, siendo la exclusión social y la falta de participación en las decisiones políticas el criterio determinante para la definición¹¹.

⁸ ONU. Instrumentos internacionais de direitos humanos. Disponible en: http://www.unhcr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

⁹ ONU. Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais étnicas, religiosas e lingüísticas, de 18 de dezembro de 1992. Disponible en: http://www.unhcr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

¹⁰ SEMPRINI, Andréa. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999, p. 44.

¹¹ WUCHER, Gabi. *Minorias*. Proteção Internacional em prol da democracia. São Paulo: Juarez de

3. LA CONTRIBUCIÓN DE LA TEORÍA MULTICULTURAL DE KYMLICKA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

Aparte de las controversias en la doctrina a respecto de la propia definición de minorías, aún se discute la necesidad de establecer derechos especialmente garantizados a los grupos minoritarios. En ese sentido, la contribución del canadiense Will Kymlicka¹² ha sido notable.

Previamente a la definición de derechos especiales, el autor canadiense distingue dos modelos de estados multiculturales¹³:

a) estado multiétnico: correspondiente al estado donde conviven más de una nación debido a un proceso de inmigración como, por ejemplo, los Estados Unidos, Canadá y Australia. Los inmigrantes no ocupan tierras natales, mas pueden volverse grupos considerados minoritarios, con la condición de que se establezcan conjuntamente y obtengan competencias de auto-gobierno.

En la actualidad, el gran desafío de los estados llamados multiétnicos es garantizar que los inmigrantes puedan tener acceso a los derechos de participación política, en la medida de que en muchos estados el ejercicio de la ciudadanía depende de ser nacional de ese estado, criterio que hoy se vislumbra como inadecuado, por el alto grado de movilidad de las personas en el mundo globalizado. Así, por ejemplo, los estados europeos no son más estados exclusivamente de emigración, pues muchos de ellos presentan un significativo número de inmigrantes. La imposibilidad del acceso a la ciudadanía de los inmigrantes es extremadamente grave ya que ese hecho provoca la exclusión del ejercicio de muchos derechos fundamentales¹⁴.

b) estado multinacional: en el cual coexisten más de una nación debido a un proceso de convivencia involuntaria (invasión, conquista o cesión) o voluntaria (formación de una federación) de diferentes pueblos. Las minorías de este tipo de estados son básicamente naciones que existían originariamente en el territorio del estado, pasando a convivir con otras naciones que arribaron posteriormente, como es el caso de los indígenas canadienses o de los indígenas brasileños.

Durante mucho tiempo los estados americanos, y otros tradicionalmente considerados estados de inmigración como Australia, ignoraron los derechos de sus naciones originarias, con fundamento en la errada y lamentable concepción de que esas naciones “no tenían cultura” o “eran de cultura inferior”, en relación a la cultura occidental.

Kymlicka dirige su teoría, precisamente, a estos grupos minoritarios, las naciones originarias, siguiendo la definición tradicional de minoría de la

Oliveira, 2000, p. 46.

¹² KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

¹³ KYMLICKA, W. op. cit. p. 14.

¹⁴ Cf. ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002, pp. 9-44.

ONU, que apenas reconoce como minorías los grupos nacionales con especiales características étnicas, lingüísticas o religiosas¹⁵.

De esa forma, Kymlicka propone el reconocimiento de los siguientes tres grupos de derechos, destinados especialmente a garantizar la protección de las minorías y su inclusión en la sociedad:

a) derechos de autogobierno: la mayoría de las naciones minoritarias han constantemente reivindicado el derecho a alguna forma de autonomía política o de jurisdicción territorial. Derecho ese que está establecido en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, en el artículo 1º, donde se afirma el derecho de autodeterminación de los pueblos. El grande problema ha sido la delimitación del significado de la palabra "pueblos", ya que tradicionalmente ese derecho no ha sido aplicado a las minorías nacionales internas (a las minorías originarias, como los indígenas), mas apenas a las colonias de ultramar ("tesis del agua salada"). Esa limitación mencionada por Kymlicka ha provocado la negación de cualquier derecho de auto-gobierno a las naciones originarias de los estados multinacionales;

b) derechos especiales de representación: derechos que objetivan garantizar la participación política de las minorías en todas las esferas del Poder (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), através de, por ejemplo, acciones afirmativas, como la norma constante en el §3º del art. 10 de la Ley federal brasileña nº 9504/07 que dispone que, del número de candidatos para las elecciones, cada partido o alianza debe reservar al menos treinta por ciento y el máximo de setenta por ciento para candidaturas de cada sexo, buscando fomentar la participación política de las mujeres, minoría tradicionalmente excluída del escenario político¹⁶.

c) derechos poliétnicos: son derechos destinados a la preservación de la cultura de las minorías, denominados así porque "tienen como objetivo ayudar a los grupos étnicos y a las minorías religiosas a que expresen su particularidad y su orgullo cultural sin que ello obstaculice su éxito en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante"¹⁷. Entiéndese que es obligación del Estado no apenas respetar y proteger las diferentes manifestaciones culturales de sus minorías, mas también promover y fomentar el ejercicio y la continuidad de todas esas manifestaciones, sea a través de Políticas Públicas específicas o

¹⁵ Kymlicka reconoce la extrema abertura del término *cultura*, pudiendo este aludir tanto a un grupo con diferentes costumbres ("cultura gay"), a un tipo de civilización ("civilización occidental"), o remitir a la idea de nación o pueblo, siendo justamente esta última acepción la utilizada por el autor canadiense, siguiendo la corriente instaurada por el Pacto de Derecho Individuales y Políticos de 1996, que apenas reconoce como minoría a los grupos lingüísticos, étnicos o religiosos minoritarios. De cualquier forma, la opción de Kymlicka no disminuye la importancia de su propuesta, ni impide que ésta pueda ser aplicada a otros tipos de minorías. KYMLICKA, W. op. cit. p. 35.

¹⁶ Cf. LOPES, Ana Maria D'Ávila. A participação política das minorias no Estado Democrático de Direito. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (org.). *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v. 1, p. 83-96.

¹⁷ KYMLICKA, W. op. cit. p. 53.

inclusive por medio del financiamiento económico de las mismas.

Los tres anteriores grupos de derechos son propuestos por Kymlicka con el objetivo de contribuir para el cambio de situación de injusticia y desigualdad en que las minorías se encuentran. Son derechos concebidos para salvaguardar la riqueza de la diversidad cultural humana y que la Teoría de los Derechos Humanos, debido a su carácter ontológicamente universalista, ha ignorado.

De cualquier forma, Kymlicka entiende que no existe un conflicto entre la Teoría del Multiculturalismo y la de los Derechos Humanos, sino que considera que las dos teorías se complementan en la búsqueda por la defensa de la dignidad de todo ser humano.

Es verdad que, como sucede con toda teoría, la del Multiculturalismo también está sujeta a críticas. Algunos autores afirman su carácter de divisor de la sociedad, pues en lugar de luchar por el desarrollo de todos los seres humanos, y la consecuente superación de las diferencias económicas que son las que realmente excluyen al ser humano del ejercicio de sus derechos, está defendiendo la separación de sus miembros y la manutención de las clases sociales, así como la creación de guetos.

Otros se alarman frente a la posibilidad de tener que aceptar como válidos padrones culturales tan diferentes a los propios, como es el caso de la costumbre de la comunidad argentina wichí, inicialmente presentada en este trabajo. Será que para el Multiculturalismo toda costumbre debe ser aceptada bajo el argumento del respeto a la diversidad cultural? Será que pasivamente debemos aceptar que, en otras partes del mundo, las mujeres tengan, por ejemplo, que usar velo y no puedan estudiar, trabajar o ni siquiera escoger sus propios maridos?

El Multiculturalismo no defiende la inmutabilidad de los pueblos ni la violación de ningún derecho humano, mas lucha para que todo pueblo sea consciente de su propia historia y de sus valores para que así pueda construir sus propios derechos humanos, porque solamente de esa forma, asumirá la responsabilidad que le toca por la violación de los derechos de sus integrantes. Solamente un pueblo que se reconoce como tal, puede asumir sus éxitos o sus fracasos como propios.

Los que temen una relativización de valores son los mismos que quieren continuar imponiendo sus propios valores como los "universalmente correctos", para así continuar preservando el lugar hegemónico que históricamente alcanzaron y que no están dispuestos a perder.

Con la propuesta de la concesión a las minorías de los tres grupos de derechos antes mencionados, la Teoría del Multiculturalismo de Kymlicka busca que cada pueblo pueda ser el real protagonista de su historia, acabando con la jerarquización de los grupos humanos y el dominio de algunos sobre los otros, valorizando lo más rico que tiene la humanidad que es su diversidad, considerando cada ser humano único y especial, valioso en si mismo.

4. CONCLUSIONES

A través de los siglos en la historia de la humanidad, las minorías han sido eliminadas, asimiladas o discriminadas. Esta es una situación que hoy aparece con mayor evidencia debido a la Globalización, cuando el mundo parece no tener más fronteras ni para el tránsito de las personas ni para la divulgación de esas violaciones. En ese contexto, es que surge con más fuerza la Teoría do Multiculturalismo, la cual busca contribuir para la construcción de las bases teóricas que permitirán el pleno reconocimiento, la protección y la promoción de la dignidad de todos los seres humanos, a través de la concesión a las minorías de derechos de autogobierno, representación política en todas las esferas públicas y preservación de sus manifestaciones culturales.

5. REFERENCIAS

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Disponible en: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/disposiciones.php>. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

COPENOA. *Wichi: violación o identidad cultural*. Disponible en: <http://www.copenoa.com.ar/v2/spip.php?article265>. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

EL TRIBUNO. *Absuelven a un aborigem acusado de embarazar a una wichí de 10 años*. Disponible en: http://eltribunosalta.com.ar/edicion-salta/salta/20061011_194127.php. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

LA VOZ. *Liberan a indígena que violó a hijastra por ser pauta cultural*. Disponible en: http://www.lavoz.com.ar/herramientas/imprimir_notas.asp?nota_id=8578. Acceso en: 4 de noviembre de 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A participação política das minorias no Estado Democrático de Direito. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (org.). *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v. 1, p. 83-96.

_____. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2001.

OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*.

Disponível em: http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights_esp.htm Acesso em: 4 de novembro de 2004.

ONU. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*, de 21 de dezembro de 1965. Disponível em: http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm. Acesso em: 4 de novembro de 2006.

ONU. *Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais étnicas, religiosas e lingüísticas*, de 18 de dezembro de 1992. Disponível em: http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm. Acesso em: 4 de novembro de 2006.

ONU. *Declaração sobre e lingüísticas os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais étnicas, religiosas*, de 18 de dezembro de 1992. Disponível em: http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm. Acesso em: 4 de novembro de 2006.

ONU. *Instrumentos internacionais de direitos humanos*. Disponível em: http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm. Acesso em: 4 de novembro de 2006.

REMILLARD, Gil. Les droits des minorités. In: *Atas da II Conferência Internacional de Direito Constitucional*. Quebec, 5 – 8 março 1986.

SEMPRINI, Andréa. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.

WUCHER, Gabi. *Minorias. Proteção Internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

UNJUST ENRICHMENT AND ROMAN LAW

*Julio Alberto Díaz**

RESUMO

O princípio da ilicitude do enriquecimento indevido encontra nas fontes romanas a sua expressão mais antiga. O desenvolvimento da regra, porém, alcança no sistema do Common Law uma evolução absolutamente diferente da que teve nos países de direito codificado.

A importância que o princípio tem alcançado nos países do Common Law nos últimos tempos é impressionante. As mais prestigiadas universidades da Inglaterra, do Canadá, da Austrália e da Nova Zelândia, entre outras, já possuem uma disciplina específica só para cuidar desta temática. Depois dos trabalhos pioneiros de Peter Birks, Lord Goff of Chieveley, Gareth Jones e George Palmer, por citar alguns, o Unjust enrichment tem-se constituído numa das áreas intelectualmente mais vitais do direito privado. A presente pesquisa destina-se a comparar o desenvolvimento do instituto nas fontes romanas e no Common Law, no ensejo de trazer alguma notícia desses aspectos pouco conhecidos nos países de direito codificado.

Palavras-chave

Enriquecimento indevido. Direito romano. Common Law

ABSTRACT

The principle of unjust enrichment finds its oldest roots in Roman law. The evolution of the principle in Common Law, however, is completely different than the one that took place in continental systems.

The importance that the rule has acquired in the last times is impressive. The most prestigious universities of England, Canada, Australia and New Zeland, among aothers, already have a specific course to study the subject. After the leading works of Peter Birks, Lord Goff of Chieveley, Gareth Jones and George Palmer, Unjust enrichment became one of the areas intellectually more vital in private law. This paper compares the evolution of the principle in both, Roman law and Common Law, intending to bring some notice about these aspects not well known in countries with codified systems.

Keywords

Unjust enrichment. Roman law. Common Law

* Pós-doutor pela University of Ottawa (bolsista CAPES). Doutor em Direito Civil pela UFMG. Professor da UNIFOR.

1. ENRICHMENT AND ROMAN LAW.

The principle that nobody can enrich at the expense of another is very old. In Rome, it is proved that at least at the time of Quintus Mucius Scaevola it was an idea already developed. The bases upon which it rested were the Greek philosophical ideas, especially the ones contained in The Moral to Nichomaquean. Also according to the Myth of Nemesis it is necessary than the equilibrium between the people is not compromised.¹

Through centuries generations kept reproducing the ideas that Pomponius had consecrated for the humanity. "*Naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria, fieri locupletiores*".

In spite of the fact that the principle of unjust enrichment represents the consolidation of a rule of high moral content, it took a very long time until it could be consecrated by the law as a general autonomous source of obligations. Some scholars found the explanation in the fact that the nature of this moral rule was too vague. It has been said that it is applicable in so many ways and in so different circumstances that it is hard to give it a sufficient juridical shape. For some others, it is a concept that comes out more from juridical instinct than from juridical concepts. It has also been compared to an underground river following a precise route that reveals its existence but that never came to the open air.

In Roman law the unjust enrichment has never been a general source of obligations. Roman lawyers proceeded more on the basis of the individual case, extending the *condictio* to an increasing number of well-defined situations with the common element that the defendant had no adequate grounds for retaining. It appeared, not as a unified block, but as a kind of mosaic of multiple applications without a definite method.

At classic times, Roman law offered several devices to avoid unjust enrichment. *In integrum restitutio* was the judge's order to go back to the previous situation when he considered that an unjust damage existed. In all cases, the juridical act was deemed as if it did not exist. It applied in cases of mistake (*ob errorem*); fraud (*ob dolum*); duress (*ob metum*); in favor of the minor of 25 years against the acts of their tutors or curators (*ob aetatem*); for those who, being absent, had lost a right (*ob absentiam*); for the creditors of those who had suffered a *capitis deminutio minima* to pursue them as if they never had suffered it (*ob capitis deminutionem*).

However, the two actions that better represent the procedural means to sanction the unjust enrichment were the *condictio sine causa* and the *actio in rem verso*.

The *condictio sine causa* arises where the possessor of anything has no

¹ Nemesis was the goddess of indignation and retribution for evil deeds or undeserved good fortune. To execute her commands she had three attendants, Dike (justice), Poena (punishment) and Erinyes (vengeance).

valid possessory title, and where it is not competent to the rightful owner to recur to either of the *condictiones* mentioned further on, or even where there is another remedy. The *condictio*, and all its applications were founded on the principle that anyone who, acquired or retained in an unjustified way things of others, was obligated by equity to give them back. Savigny supports the thesis that the *condictio* was a restitutionary personal action that replaced the revindicatory action when the latter was stopped by a juridical obstacle. It was abstract in the sense that the formula made no mention of the basis of the defendant's obligation.²

The idea that what is unjustly retained must be restituted appeared in both realms contractual and extra-contractual. Girard says that it is an action founded more than on the idea of contract, on the idea of retention without a cause.

The *condictio sine causa* has suffered a peculiar evolution. It has ceased being an abstract action. By the time of the Code, the actions for restitution of the enrichment had several different names that established the case in which it applied: *condictio causa data*, *causa non secuta*, *condictio ob turpem vel injustam causam*, *condictio sine causa stricto sensu*.

The *condictio indebiti* was available to those who had fulfilled a performance wrongly believing that they were obligated. Where a man had made a payment by mistake, in discharge of an obligation which did not in fact exist, to one who accepted the payment in good faith, he had the *condictio* to recover what he had paid. If the recipient was not in good faith, he would be guilty of theft and a different set of remedies was available.³ This was deemed as an irregular *condictio*, the *condictio furtiva*.⁴ The obligation born was *re*, that is, because of the fact of having received the thing.⁵ The principal object of the *condictio indebiti* was restitution of like description and quality. All their fruits and accessions could also be reclaimed.⁶

The *condictio causa data causa non secuta* was used where a person transferred ownership for a purpose which did not result. This is, when something was given to obtain something in exchange.⁷ Originally, only applied to innominated contracts *do ut des* and *do ut facias*, but later it was extended to cases of *facio ut des* and *facio ut facias*. This action was *personalis, stricti juris*, competent to whom has given something for a future cause, and to his heirs, against whom has not performed his part of the agreement, and his heirs for the delivery of a thing given, and all its rights, fruits and accessions, without interest or the value of such.

² ZWEIGERT, Konrad. KÖTZ, Hein. *An introduction to Comparative Law*. London: Oxford University Press, 1977, p. 209.

³ STEIN, Peter. *The character and influence of the Roman Civil Law*. London: Hambledon, 1988, p. 31.

⁴ SCHULTZ, Fritz. *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon, 1951, p. 618.

⁵ SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di Diritto Romano*. Catania: Torre, 1992, p. 31.

⁶ Mc CHOMBAICH, Patrick. *A summary of the Roman Civil Law*. London: Stevencz and Nortons, 1988, p. 128.

⁷ THOMAS, J. *Introduction to Roman Law*. New York: Kluwer Law, 1986, p. 114.

The *condictio ob turpem causam* applied in cases when a performance was fulfilled in order to obtain a fact or the abstention of an action that contained an immoral motive (e.g. to induce the recipient not to commit a crime, or to return what he had borrowed and was wrongfully refusing to return). But the plaintiff must not be equally tainted by the turpitude, as he would be, for example, if the payment had been made to induce the recipient to commit a crime.⁸ The *condictio ob turpem causa* has sometimes been confused with the *condictio indebiti*, which is based on contract and error, whereas the former is founded on fraud and design.

The *condictio ob injustam causam* was used when there was an enrichment prohibited by law. For example, in case of loans the interest of which exceed the amount legally permitted.

In fact, the remedy of *condictiones sine causa* was a device to repair some unjust consequences that resulted from the formalism of the roman system. In roman law, it was enough to fulfill the formalities required, without any consideration to the aim pursued by the parties. The cause, at that time, was not an essential element for the validity of the juridical act. The obligations were valid even if they had been fulfilled without a cause. The *condictio sine causa* includes all those cases in which neither come under the category of *condictio indebiti* or *ob turpem causa*, for a man may be in possession of his neighbor's property without payment, or who may have received money for some future cause which has not been realized in the sequel.

The strictness of the formation of the obligatory link was endurable while the city was a restrained circle where the parties were well known and the fairness in the execution of the obligation was guaranteed by the pressure of the public opinion. But, when business started to grow in geographical extension and number of operations, the necessity to alleviate the inconveniences resulting from formalism became evident.

The *condictiones sine causa* were not established against the juridical basis of the acquisition that rested upon an abstract act; they respected the validity of the juridical act but, at the same time, they permitted to correct the injustice of the result, obliging the one who unjustly acquired to restitute the thing received. Thus, "with the *condictiones*, the notion of aim or goal is introduced in the roman juridical technique, not as a necessary element for the formation of the act, but as a corrective instrument imposed by equity to prevent that an act produced effects contrary to the parties will, to the law, or to moral principles". In Roman law, the unjust enrichment was sanctioned by the *condictiones sine causa* only when a juridical act had been performed between the enriched and the impoverished one. This explains why, in Roman law the enrichment at the expense of another was not sanctioned in the case of expenses done on the thing of another by the possessor in good-faith.

⁸ NICHOLAS, Barry M. *An introduction to roman law*. London: Clarendon, 1962, p. 231.

Girard says that the Romans had admitted the general principle of unjust enrichment since primitive times, but the jurisprudence and the practice had determined the number of cases to which it applied. Thus, the case of the possessor in good faith was not comprehended in the *causa data, causa non secuta*, nor in payment by mistake therefore, it could not be sanctioned by the *condictiones sine causa*.

The *condictiones sine causa* presupposed a *negotium* and a direct enrichment between the patrimonies of plaintiff and defendant. In other words, it did not apply when the enrichment was due to the intervention of a third party. In this case, the proper action was the *actio in rem verso*. In primitive times, the idea of representation did not exist. The obligation only produced effects between the parties. This system, in a society, based on agriculture and with very restricted business activity, was good enough, but when the commerce began to expand, the impossibility of the *paterfamilias* to materially accomplish by himself all juridical acts demanded by his activities started to show. Thus, the law recognized the power to become creditor through the people submitted to his power and to take advantage of their acquisitions, but they could not become debtors through their sons or slaves. Soon it was created several procedural mechanism to sanction the obligations taken though the intervention of agents. Thus, the *actio exercitoria* or *institoria* was based on the idea that the *paterfamilias* or the master of the slave had given a mandate to contract, therefore, the creditors could sue the former on the basis of the presupposed will of assuming the obligations contracted by the persons in *potestate*.

The *actio de peculio* and *in rem verso* applied when the *paterfamilias* or the master enriched directly or indirectly through the patrimony of a person under his authority. In other words, the father could be reached by an *actio de in rem verso*, if the creditor be in a position to prove that the son concluded the business directly for the benefit of the father, or have applied that which he may have received to his purposes.

It was a requisite that the son should have acted directly for the benefit of the father, consequently, this action would not lie if advantages resulted to the father indirectly by that which he did for himself, but an *actio de peculio* had to be brought. In these cases, it was not necessary that the latter had acted under orders of the former. It was enough that the unjust enrichment resulted as a consequence of an act accomplished by a son or slave.

The restitution could be up to the amount of the patrimony of the son or slave, or to the enrichment of the *paterfamilias* or master. Where the dealings brought advantage they were liable satisfy debts arising out of the transactions to the amount of the advantage obtained, even though they had been engaged in without his cognizance (*actio de in rem verso*). If the transactions brought no advantage to the father or master, they were liable to make good any loss at least up to the amount of the *peculium* (*actio de peculio*)⁹

⁹ AMOS, Sheldon. *The history and principles of the Civil Law of Rome*. London: Kegan Paul, 1883, p. 156.

Later the action was extended to contracts between *sui juris*. Papinian (D. 17, 2 fr. 82) illustrates the case where the partners are enriched by the act of one of the partners. In principle, the act of a partner do not compromise the society, so the third party can only sue the one who contracted. However, if any enrichment resulted for the society, the third party could pursue the restitution from the society. (*Jure societatis per socium aere alieno non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt*) This new *actio in rem verso* applicable between *sui juris*, was also known as *actio utilis*.

There is also a text by Ulpiano (D.L., 12) referring to the administrators of a condominium, establishing that when an administrator contracts a loan he is personally liable, but if the condominium is enriched as a result of the agency of the administrator an *actio in rem verso* applies.

2. UNJUST ENRICHMENT AND THE EARLY COMMON LAW.

The early common law did not enforce ordinary contracts. Like Roman law, it distinguished in its early stages between formal and informal agreements, but the distinction was between written (later under seal) and unwritten (called *parol*) agreements. Only formal contracts under seal could be pursued through the action of covenant. *Parol* agreements, on the contrary, had to fit into procedural complexities in order to be actionable.¹⁰ Originally, also the distinction between contractual and quasi-contractual claims did not exist. The system was based on remedies. Lawyers had to find a writ to suit the facts.

a) Account. One of the actions that would be, today, recognizable as restitutionary was the action of account, the purpose of which was to recover from a fiduciary, such as a bailiff or agent, money that had been received but not accounted for. When it made its first appearance is not clear (although is almost certain that it was later than debt or covenant), but there is reference of an early case in 1232 and from that date on it appears with greater frequency.

The action was not to obtain an order for payment of any sum in particular. On the contrary, what was pursued was compelling the defendant to enter into an account in order to discover what, if anything, was owing. He could not plead "not accountable", like a defendant on a debt action could plead *non debet*, because the duty to account was distinct from the duty to pay the balance, so, even if he did not owe anything to the plaintiff, he still had to discharge his duty to account.

The plaintiff had to get two judgments, what made the procedure cumbersome and slow. The first one, to declare the failure on the obligation to account; the other one, if the first one succeeded, was taken before auditors (generally three) and if they found that money was due he then would get a

¹⁰ PARVIZ, Owsia. *Formation of contract. A comparative study under English, French, Islamic and Iranian law*. London: Graham and Trotman, 1994., p. 124.

second judgment to recover this by writ of debt.¹¹ In other words, liability arose not from the pre-existing claims, nor from any promise, but from the accounting itself. The action of debt based upon an account was one of the exceptional cases in which wager of law was not available.

The plaintiff's count set out the relationship upon which he relied, and then followed the writ in demanding just an account. The defendant would generally either deny the relationship or assert that he had already accounted; and if the defendant then failed in his proof, judgment for the plaintiff would order the account.¹²

If a defendant admitted that he became bailiff, or factor, then he was accountable, without the plaintiff having to prove that the defendant ever received anything.¹³ The defendant could be sent to prison and to remain there until the account was settled.¹⁴ The judgment was that the defendant do account, and if he would not, then "il demeura in prison, and demeura tanque qu'il ait accompt."

Vinogradoff enumerates four essentials, without the concurrence of which the action did not lie:

(I) The person on whom the obligation is to be imposed must have received property not his own, of which the person imposing the obligation is owner.

(II) The receipt of the property must not amount to a bailment.

(III) The receiver must have possession, as distinguished from custody.

(IV) There must be privity between the parties.¹⁵

In Tudor times the actions of account was superseded by the action of debt, not without a previous enlargement of its boundaries through the elimination of the requirement of special relationship. Many authors attribute the decline to the fact that the defendant could wage his law. Baker thinks that the incidence was very restricted since wager of law was not permitted where the defendant received money from a third party to the use of the plaintiff and most actions of account were of this kind.¹⁶ Jackson affirms that there was only one reason why a plaintiff would want to bring debt instead of account, namely because it was a shorter procedure. It would not help him to evade wager of law, he says, or sue executors, or simplify pleading. He would, however, get

¹¹ AMES, James Barr. *Lectures on legal history*. Cambridge: Harvard University Press, 1913, p. 116.

¹² MILSOM, S.F.C. *Historical foundations of the Common Law*. Butterworths: Toronto, 1981, p. 275.

¹³ JACKSON, R.M. *The history of quasi-contract in English law*. Cambridge: University Press, 1936, p. 33.

¹⁴ BAKER, J.H. *An introduction to English History*. London: Butterworths, 1979, p. 301.

¹⁵ VINOGRADOFF, Paul. *Oxford studies in social and legal history*. Vol. IV, New York: Octagon Books, 1974, p. 13.

¹⁶ Op. cit., p. 302.

the proceedings finished in one hearing instead of two.¹⁷

In spite of its decline, the action of account is considered the father of the count for money had and received.

b) Debt. Unlike the writ of covenant, the writ of debt was available on both formal and informal transactions, as long as they referred to specific sums, such as a loan of money, which had been received by the defendant. The nature of the action of debt excluded all possibilities of claiming an uncertain sum by way of quantum meruit or quantum valebant.

Pollock notices that in the thirteenth century a prudent creditor was seldom compelled to bring an action for the recovery of money that he had lent. He had not trusted his debtor's bare word nor even his written bond, but had obtained either a judgment or a recognizance before the loan was made...numerous actions of debt brought merely in order that they may not be defended, and we may be pretty sure that in many cases no money has been advanced until a judgment has been given for its repayment.¹⁸

The action also applied if the plaintiff could prove that goods have been received, which shows that, at this point, the concept of restitution was closely tied to the idea of property. The creditor's claim, it is said, was conceived to be proprietary in character, for early common law lacked the concept of a personal obligation. Pollock and Maitland outline this idea saying that

the bold crudity of archaic thought equates the repayment of an equivalent sum of money to the restitution of specific land or goods. To all appearance our ancestors could not conceive credit under any other form. The claimant of a debt asks for what is his own.¹⁹

As in the case of real actions, the defendant was conceived as having in his possession something that belonged to the plaintiff and that he did not have right to keep. This strong influence of property's idea is shown by the fact that the creditor had to prove the precise amount that he was claiming. If he proved only £5 when he demanded £6 he failed, exactly the same way as he would in detinue for the recovery of a horse if he could only prove the detention of a cow.²⁰

As Plucknett notices, in all the real contracts which are actionable by debt the defendant has received something -money, goods, a lease- from the plaintiff; in the language of the fifteenth century, there has been a quid pro quo, which is in fact a generalization from those real contracts which were

¹⁷ Op. cit. p. 34.

¹⁸ POLLOCK, Frederick. MAITLAND, Frederic W. *The History of English Law*. Vol. II, Cambridge: University Press, 1923, p. 203.

¹⁹ Op. cit., p. 125.

²⁰ "The essential distinction between detinue and debt for chattels seems to be this, -detinue was the proper remedy for the recovery of a specific chattel, debt, on the other hand, for the recovery of a specific amount of unascertained chattels." AMES, op. cit., p. 89.

actionable by a writ of debt.²¹

Stoljar finds remarkable the fact that creditors opted for debt despite the debtor's right to wage his law instead of going to a jury.²² As it is known, this strange device allowed the debtor, on oath, a general denial that he owed any money, provided he was supported by a certain number of other persons (usually eleven, twelve included the defendant), all swearing that what the debtor was saying was true.

If we think that defendant's oath-helpers came either from the streets or from the menial staff of the courts, the uncertainty of plaintiff's fate is clear. In local courts, because of the social relationships, a debtor who was not believed could have certain difficulties in finding oath-helpers, but in royal courts this constriction did not exist at all. However, the huge number of oath-helpers required made it difficult for defendants to resist to an action in such a way, so, many times they opted for trial by jury.

If the debtor perjured, he fell into mortal sin, but no temporal penalty resulted, the common law courts would not entertain indictments for the spiritual offence of perjury.

c) *Indebitatus assumpsit.* In the sixteenth century the action of *indebitatus assumpsit* superseded debt, probably due to some economic interests. Apparently, the King's Bench judges, were eager to smooth the path to restitution because an increase in the number of claims represented an increase in the judge's income. Since *assumpsit* was a form of trespass, it fell under either King's Bench or Common Pleas' jurisdiction, whereas debt, could only be brought in the Common Pleas. The temptation to treat *indebitatus assumpsit* and debt as equivalent was huge and the King's Bench did not resist. The maneuver to favor the plaintiffs was simple, if the debt existed, the subsequent *assumpsit* was presumed and did not need to be proved. Baker suggests that the motives of the King's Bench attitude in favor of plaintiffs were partly mercenary. The attraction was strong, since in *indebitatus assumpsit*, the risk of wager of law (existing indebt) could be avoided, as a result of which plaintiff preferred the benefit of the action of *assumpsit*.

Another formality required by debt was that the plaintiff had to prove the existence of a debt and the existence of an express promise of the defendant to repay.

In *indebitatus assumpsit* the promise to repay was implied, therefore, the plaintiff only had to prove the existence of a debt. The law implied that whenever a person was indebted to another there was a promise to pay such a debt so, in this action, the plaintiff declares that the defendant, being already

²¹ PLUCKNETT, Theodore FT. *A Concise History of the Common Law*. London: Butterworth, 1948, p. 598.

²² STOLJAR, S.J. *A history of Contract at Common Law*. Canberra: Australian National University Press, 1975, p. 8.

indebted (*indebitatus*), undertook (*assumpsit*) to pay a certain sum. The *indebitatus* was the simple declaration of the existence of an antecedent debt, and the *assumpsit* was the subsequent promise.

The practice still suffered the opposition of the Exchequer Chamber. However, in the early seventeenth century, in Slade's case all the judges of all three courts assembled to discuss the question.

The facts of the case were quite simple. Slade had sold a standing crop of wheat to Morley who, according to the pleadings, promised to pay the price of £16 at midsummer, but then did not pay. Slade brought *assumpsit* for the non-payment, Morley denied the promise. Upon the general issue, the jury found the bargain and sale, but said that there was no subsequent *assumpsit*.

The view of the King's Bench was finally upheld: a separate promise to repay did not have to be proved since this could be implied subsequent to the debt arising.

Every contract executory imports in itself an *assumpsit*, for when one agrees to pay money or to deliver anything, thereby he assumes or promises to pay or deliver it; and therefore when one sells any goods to another and agrees to deliver them at a day to come, and the other in consideration thereof agrees to pay so much money at such a day, both parties may have an action of debt or an action of the case on *assumpsit*, for the mutual executory agreement of both parties imports in itself actions upon the case as well as actions of debt.²³

Dobbs believes that "what was finally developed by the beginning of the seventeenth century was thus a form of action capable of enforcing simple, but express contracts"²⁴.

Plucknett considers the decision, on principle, indefensible,

for it obliterates the distinction between debt and deceit, between contract and tort. It therefore introduced much confusion into the scheme of forms of action. In doing this, it infringed the procedural rights of defendants in a way which seemed almost alarming. Defendants might henceforth find themselves charged with debts merely because a jury thought that such debts existed, and could no longer relieve themselves by compurgatory oaths.²⁵

The result was that

debt as a remedy upon simple contracts practically disappeared, its place being taken by *indebitatus assumpsit*. It practically disappeared, because, from the point of view of the creditor, this new form of action had manifold advantages. Not only was wager of

²³ (1602) 4 Coke Reports 92 b.

²⁴ DOBBS, Dan. *The law of Remedies*. St. Paul: West Publishing, 1973, p. 87.

²⁵ *Op.cit.*, p. 610.

law not possible, but the same preciseness of pleading was not required...²⁶

The plaintiff needed to indicate, in general terms, why the defendant was indebted to him. It was not necessary to set forth all the details of the transaction from which it arose.²⁷ It was enough to allege the general nature of the indebtedness, for example, for “work done”, or “goods sold” or “money had and received” to this use, etc. Thus, a number of standard forms were developed, the so-called “common counts”, which told the defendant what kind of claim he was to answer without tying the plaintiff to more particularity than was often practicable when action was being initiated.²⁸

The most significant “common counts” were: I) money had and received to the defendant’s use; II) money paid to the defendant’s use; III) quantum meruit; IV) quantum valebat.

The action for money had and received was available to recover money paid under mistake or compulsion, or for a consideration which had failed.²⁹ The first known case of payment by mistake occurred in 1657. The plaintiff, a coalmeter of London, paid a year’s rent for his office to the lord mayor, when it should have been paid to the city chamberlains, and he was subsequently required to pay again. The plaintiff recovered from the mayor.³⁰

Under the influence of Lord Mansfield, the action was encouraged to the point that it became almost the universal remedy where a defendant had received money which he was “obliged by the ties of natural justice and equity to refund.”³¹

The action for money paid was appropriated when the plaintiff paid to a third party, by mistake or otherwise, a defendant’s debt. Traditionally, the plaintiff had to prove the existence of a previous request.³² This circumstance prevented for a long time the use of this count in the case of quasi-contracts. A decision, early in the seventeenth century appears to deny liability without actual request.³³ However, the difficulty was overcome by the convenient fiction that the law would imply a request whenever the plaintiff paid, under legal compulsion, what the defendant was legally compellable to pay.³⁴

The first occasion where it was suggested that the request might be implied was in situations discussed by Civilians, when the plaintiff spent money

²⁶ HOLDSWORTH, WS. *A History of English Law*. Vol. III, London: Methuen, 1923, p. 444.

²⁷ AMES. Op. cit. p. 153.

²⁸ LÜCKE, H.K. “*Slades’ case and the origin of the common counts*”(1965) 81 *Law Quarterly Review*, pp. 422, 539.

²⁹ DIETRICH, Joachim. *Restitution. A new perspective*. New South Wales: Federation Press, p. 23.

³⁰ *Bonnell v. Fowke* (1657) 2 sid. 4.

³¹ *Moses v. MacFerlan*, 2 Burr. 1005, 1012.

³² GOFF & JONES. *The Law of Restitution*. London: Sweet & Maxwell, 1986, p. 52.

³³ *West v. West* (1613), Rolle Abr. i. 11. Line 17.

³⁴ *Turner v. Davis* (1796), 2 Esp. 476; *Cowell v. Edwards* (1800), 2 B.& P. 268.

in advancing some family obligation of the defendant, such as the maintenance or burial of his defendants. The question arose, for the first time, in 1628 with an uncertain resolution.³⁵ Nevertheless, the question of unauthorized funeral expenses had to wait until *Jenkins v. Tucker*³⁶ (a burial of a woman while her husband was in Jamaica) to be clearly established. In such case, the request was implied or fictitious, not that it was not a requirement, but it had not to be proved.

The fact that the request was always a pre-requisite led Dobbs to affirm that "the money paid count was really a count that applied mostly to implied in fact contracts, and did not do much service to enforce quasi-contract or purely restitutionary claims"³⁷.

In fact, the request was only necessary for money paid claims, not for money had and received. The reason could be that in the latter, the enrichment was undeniable whereas in the former the advantage could be submitted to doubts.

The action applied also, when the money was paid under legal compulsion. In cases of collective debts, for instance, the party who was forced to pay the whole debt could bring an *assumpsit* against the other for a contribution. The fiction was probably established by Lord Mansfield, perhaps in an attempt to introduce the principle of contribution from Scots law.

In actions for money had and received or for money paid, only liquidated sums were recoverable (debts counts). A debt was, by definition, a certain sum due, therefore, in medieval law there was no room for any form of declaration in the action of debt which involved claiming a *quantum meruit* or *quantum valebat*. "Youn g v. Ashburnham shows us that in 1587 there was no remedy, lack of express promise excluding *assumpsit* and lack of a sum certain excluding debt." ³⁸ Ames refers that

the lawyer of today, familiar with the ethical character of the law as now administered, can hardly fail to be startled when he discovers how slowly the conception of a promise implied in fact, as the equivalent of an express promise, made its way in our law.³⁹

An expansion of the scope was possible through the so-called value counts, allowing unliquidated sums to be pursued, in other words, the claim was, not for a fixed but for a reasonable amount: what the work merited or was worth.

Of this kind, two major counts stand out: *quantum meruit* and *quantum valebat*. The former applied to recover reasonable remuneration for services

³⁵ *Bespiche v. Cognill* (1628) KB 27/1561, m. 369.

³⁶ (1788) 1 Hy Bla. 90

³⁷ *Op. cit.* p. 93.

³⁸ JACKSON, R.M., *op. cit.*, p. 42.

³⁹ *Op. cit.*, p. 155.

rendered under a contract in which the remuneration had not been agreed.⁴⁰ The action was based on an implied promise to pay an unquantified reasonable sum. The evolution and the influence of Slade's case is clear: if the subsequent *assumpsit* could become a legal presumption where there had been in fact a pre-existing contract, could not the contract itself be sometimes presumed?

The oldest indication in this sense seems to be *Warbrooke v. Griffin*⁴¹, in which it was said *obiter* "it is an implied promise of every part, that is, of the part of the innkeeper that he will preserve the goods of his guest, and of the part of the guest that he will pay all duties and charges which he caused in the house".

This principle was easily extended later to tailors, carriers, factors or bailiffs and vendors of goods. In the six *Carpenters' Case*, it was declared that

if I bring a piece of cloth to a tailor to have a gown made, and the price is not agreed for certain before hand ...the putting of the cloth with the tailor to be made into a gown is sufficient evidence to prove the special contract [to paid what he deserves], for the law implies it, and if the tailor overvalues the making or the necessaries there of the jurors may mitigate it...⁴²

In such cases, though, the contribution to the history of restitution is doubtful because the base is a contract implied in fact. No attempt was made to ascertain whether the parties had made a genuine contract between themselves, but the law, by a fiction, imputed a contract to them.⁴³ Originally, the promise sued upon in quantum meruit actions appears to have been implied from conduct, rather than to have been fictional.⁴⁴ The idea that is present in the mentioned circumstances seems to be an integrative or completive function of the court, determining an element, not expressly agreed by the parties, but that can be revealed through custom or good faith. It is possible also, that the implication of a promise was a matter of law when the plaintiff was bound to provide the service, as in the case of a common carrier or innkeeper.

The contribution to the history of restitution truly appears only when the specific contract for some reason failed or was unenforceable since in such cases, the implication of the contract or the contractual request, could not be allowed to provide a basis for relief.

The action for quantum valebat lay where a plaintiff wished to recover a reasonable price for goods supplied by the plaintiff at the defendant's request.⁴⁵

⁴⁰ MADDAUGH, Peter D. Mc CAMUS, John. *The Law of Restitution*. Toronto: Canada Law Book, 1990, p. 71.

⁴¹ (1609) 2 Brown. 254.

⁴² (1610) 8 Co. Rep. 146.

⁴³ WINFIELD, P.H. *The law of quasi-contracts*. London: Sweet & Maxwell, 1952, p. 7.

⁴⁴ SIMPSON, A.W.B., *A history of the Common Law of contract. The rise of the action of assumpsit*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 498.

⁴⁵ KLIPPERT, George. *Unjust enrichment*. Toronto: Butterworths, 1983, p. 9.

3. REFERENCES

- AMES, James Barr. *Lectures on legal history*. Cambridge: Harvard University Press, 1913.
- AMOS, Sheldon. *The history and principles of the Civil Law of Rome*. London: Kegan Paul, 1883.
- BAKER, J.H. *An introduction to English History*. London: Butterworths, 1979.
- DIETRICH, Joachim. *Restitution. A new perspective*. New South Wales: Federation Press.
- DOBBS, Dan. *The law of Remedies*. St. Paul: West Publishing, 1973.
- GOFF & JONES. *The Law of Restitution*. London: Sweet & Maxwell, 1986.
- HOLDSWORTH, W.S. *A History of English Law*. Vol. III, London: Methuen, 1923.
- KLIPPERT, George. *Unjust enrichment*. Toronto: Butterworths, 1983.
- JACKSON, R.M. *The history of quasi-contract in English law*. Cambridge: University Press, 1936.
- MADDAUGH, Peter D. Mc CAMUS, John. *The Law of Restitution*. Toronto: Canada Law Book, 1990.
- Mc CHOMBAICH, Patrick. *A summary of the Roman Civil Law*. London: Stevencz and Nortons, 1988.
- MILSOM, S.F.C. *Historical foundations of the Common Law*. Butterworths: Toronto, 1981.
- NICHOLAS, Barry M. *An introduction to roman law*. London: Clarendon, 1962.
- PARVIZ, Owsia. *Formation of contract. A comparative study under English, French, Islamic and Iranian law*. London: Graham and Trotman, 1994.
- POLLOCK, Frederick. MAITLAND, Frederic W. *The History of English Law*. Vol. II, Cambridge: University Press, 1923.
- PLUCKNETT, Theodore F.T. *A Concise History of the Common Law*. London: Butterworth, 1948.
- SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di Diritto Romano*. Catania: Torre, 1992.
- SCHULTZ, Fritz. *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon, 1951.
- SIMPSON, A.W.B., *A history of the Common Law of contract. The rise of the action of assumpsit*. Oxford: Clarendon, 1987.
- STOLJAR, S.J. *A history of Contract at Common Law*. Canberra: Australian National University Pres, 1975.
- STEIN, Peter. *The character and influence of the Roman Civil Law*. London: Hambleton, 1988.

THOMAS, J. *Introduction to Roman Law*. New York: Kluwer Law, 1986.

VINOGRADOFF, Paul. *Oxford studies in social and legal history*. Vol. IV, New York: Octagon Books, 1974.

WINFIELD, P.H. *The law of quasi-contracts*. London: Sweet & Maxwell, 1952.

ZWEIGERT, Konrad. KÖTZ, Hein. *An introduction to Comparative Law*. London, 1977

A UNIÃO EUROPÉIA E A POLÍTICA DE COOPERAÇÃO E AJUDA EXTERIOR AO BRASIL

*Leda Rouquayrol Guillemette**

RESUMO

Este texto se propõe a comentar o esforço empreendido pela UE no que concerne a ajuda exterior aos países terceiros principalmente sobre a implementação de sua política de luta contra a pobreza e seu impacto nas populações carentes.

Palavras-chave

União Europeia. Ajuda exterior. Luta contra a pobreza

RESUME

Ce texte se propose à commenter l'effort déployé par la UE concernant l'aide extérieure aux pays tiers, notamment en mettant l'accent sur la mise en œuvre de sa politique de lutte contre la pauvreté et son impact sur les populations défavorisées.

Mots-clés

Union Européenne. Aide extérieure. Lutte contre la pauvreté

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é o resultado de uma reflexão sobre os mecanismos da cooperação ao desenvolvimento através da ajuda exterior enviada ao Brasil pela União Européia (UE). Várias razões me levaram a escrevê-lo. A primeira, evidentemente é a informação escassa sobre o assunto e isso malgrado uma forte atividade no que concerne a gestão da ajuda exterior feita pela Comissão Européia (CE), que representa em torno de 7,5 bilhões de euros. Apesar deste importante apoio ao desenvolvimento sustentável, sua ação continua desconhecida do mundo acadêmico.

* Mestre em Direito pela UFC. Doutora pela Université Paris IX – Dauphine. Professora titular na Université du Havre. Professora convidada na Université de la Sorbonne Nouvelle – Paris III. Destacada junto à Comissão Européia pelo Ministério das Relações Exteriores francês. Presidente da Associação européia CEFICALE: www.ceficale.org.

A segunda razão vem da constatação de que um importante esforço foi fornecido pela Comissão Europeia no que concerne uma maior transparência de suas ações em relação ao público. Este esforço se concretiza através do acesso a documentos que permitem um estudo mais minucioso dos meios utilizados pela Comissão Europeia para a implementação de projetos e programas de apoio ao desenvolvimento sustentável nos países terceiros.

E finalmente, no âmbito da reforma da Comissão Europeia decidida em 2000, uma terceira razão aparece naturalmente. A criação do Ofício de Cooperação – EuropeAid que poderá trazer uma resposta comunitária (Comunidade Europeia) mais eficaz aos desafios lançados pela luta contra a pobreza na América latina.

Este texto se propõe a comentar o esforço empreendido pela UE no que concerne a ajuda exterior aos países terceiros principalmente sobre a implementação de sua política de luta contra a pobreza e seu impacto nas populações carentes.

2. A COOPERAÇÃO EUROPÉIA AO DESENVOLVIMENTO

A União Europeia assegura sua ação exterior não somente através do diálogo político com os países terceiros, mas também desenvolvendo as relações comerciais e colocando a ajuda ao desenvolvimento entre suas prioridades. É importante sublinhar que a UE é um dos maiores doadores mundiais de ajuda ao desenvolvimento.

A União Europeia, consciente dos problemas que uma globalização com sentido único pode engendrar e a fim de participar efetivamente da luta contra a pobreza, concebeu uma abordagem global em relação a sua política de ajuda ao desenvolvimento. Isto se traduz pelas intervenções de ordem prioritária e em um número limitado de setores a serem contemplados.

As atividades implementadas pela Comissão Europeia demandam um quadro integrado em relação aos programas e projetos. Com efeito, a CE leva em conta a participação dos países em desenvolvimento no comércio mundial, assim como o suporte às políticas macroeconômicas que favoreçam o acesso das populações carentes aos serviços de saúde e educação.

Outros setores de atuação dos serviços da UE são as infra-estruturas, a ajuda alimentar, o desenvolvimento rural sustentável, o reforço das capacidades institucionais, a democracia e os direitos humanos, o ambiente e a participação dos países terceiros nas Instâncias internacionais.

Ademais, esta política de luta contra a pobreza não seria eficaz sem uma parceria duradoura entre a União Europeia e os países em desenvolvimento, o que permite a apropriação do saber pelas populações locais, o reforço da participação da sociedade civil, assim como a melhoria da capacidade institucional e administrativa dos países parceiros. Esta abordagem tem como objetivo a redução da dependência dos países pobres em relação à ajuda exterior, rumo à autonomia destes.

O diálogo político entre a UE e os países terceiros, assim como a implementação da ajuda exterior ao desenvolvimento é administrada pelos diversos serviços e Direções gerais da Comissão Europeia. As relações exteriores da União Europeia são asseguradas principalmente pela Direção Geral das Relações Exteriores (DG RELEX), Direção Geral do Desenvolvimento (DG DEV), o Serviço de Cooperação (EUROPEAID), o Serviço de Ajuda Humanitária (ECHO) e as Delegações da CE nos países terceiros.

Após ter levado em conta as observações feitas dentro de um quadro interinstitucional e ter escutado atentamente as sugestões da sociedade civil, a CE decidiu implementar uma reforma podendo responder aos desafios lançados pela cooperação junto aos países terceiros. Em 2001, a CE criou o Serviço de cooperação – EuropeAid, cujo objetivo era o de melhorar a gestão da ajuda exterior, de reduzir o tempo necessário a implementação dos projetos aprovados e também de dar garantias de uma gestão sã e eficaz.

Atualmente, o Serviço de Cooperação gerencia 7,5 bilhões de euros de ajuda exterior. Ele é o responsável de todas as fases do ciclo de operações que asseguram a implementação das decisões tomadas através das programações plurianuais.

Observando o atual organograma do Serviço EuropeAid constata-se a existência de uma organização geográfica que procura assegurar uma melhor utilização dos recursos humanos e financeiros (América latina, Ásia, ACP, Meda). EuropeAid reagrupa igualmente numa única Direção a gestão dos programas horizontais nos setores de ajuda alimentar, ONG's, Direitos humanos e ambiente. Ademais, duas outras Direções dão um apoio efetivo às operações e à organização.

De maneira geral, as relações políticas entre a CE e os países terceiros são asseguradas pela DG RELEX. Os documentos de estratégia concernem cada país, assim como o Memorandum de entendimento são elaborados por esta DG em colaboração com outros serviços da CE, principalmente EuropeAid. Quando da elaboração destes documentos a colaboração de cada país concernido é igualmente levada em conta a fim de permitir que os documentos oficiais reflitam de maneira fidedigna a realidade de cada país parceiro.

Além do enfoque geral da Comissão Europeia em relação à ajuda ao desenvolvimento, os serviços da CE estão organizados em Direções distintas, cada uma trabalhando de maneira autônoma. Os fundos de ajuda aos países ACP (África, Caraíbas, Pacífico) vêm de fontes diferentes e são geridos diferentemente daqueles alocados à América latina, por exemplo.

Mesmo com esta separação ligada à gestão financeira e geográfica, as Direções se comunicam entre elas para comparar seus modos de atuar, suas experiências e permutar exemplos de boas práticas e de projetos inovadores. É necessário sublinhar que cada Direção detém uma abordagem diferenciada em função das regiões e das especificidades nacionais.

Ao longo destas duas últimas décadas, o número de países beneficiários da ajuda exterior aumentou. No começo, a ajuda ao desenvolvimento era limitada

aos países ACP. Atualmente, a CE financia projetos em 140 países. As relações entre a UE e a América latina no que tange a ajuda ao desenvolvimento foram levadas em conta principalmente a partir da entrada da Espanha e de Portugal na União Europeia, em 1986.

3. AS RELAÇÕES ENTRE A UE E A AMÉRICA LATINA

As relações bilaterais entre os países membros da UE e os países latino-americanos vêm de longa data, cada país da Comunidade Europeia assegurando sua própria política de cooperação com os países terceiros. É verdade que no seio da União Europeia cada país membro leva sua própria política de cooperação, segundo as bases estabelecidas e as prioridades no âmbito das relações internacionais.

Vários organismos ou Instituições desenvolveram a cooperação entre os Estados Membros da União Europeia e os países da América latina a fim de responder às situações sociais concretas, e mais especificamente nos setores da saúde e educação.

A evolução da política de cooperação da UE indica que o orçamento alocado à ajuda exterior aos países terceiros por cada Estado Membro da União Europeia será feito cada vez mais de acordo e em consonância com a Comissão Europeia.

A União Europeia traz um valor agregado à cooperação bilateral. Em relação a América latina a cooperação comunitária tem se mantido em torno de 500 milhões de euros sob a forma de compromissos, desde 1996.

Nestes últimos anos, as relações entre a União Europeia e a América latina foram reforçadas por uma estratégia comunitária que visa o estabelecimento de uma parceria duradoura e sólida entre as duas regiões. A política de cooperação implementada pela Comissão Europeia visa o desenvolvimento dos intercâmbios e do conhecimento mútuo das culturas, principalmente através de programas e ações desenvolvidos pela CE

Na perspectiva de uma melhoria crescente da cooperação ao desenvolvimento desta região, a Comissão Europeia fixou as prioridades nas quais seus esforços vão se concentrar, principalmente: a promoção e a proteção dos direitos humanos, a promoção da sociedade da informação e a luta contra a pobreza e os desequilíbrios sociais.

Por ocasião da Reunião de Cúpula no Rio de Janeiro em 1999, várias linhas de ação foram estabelecidas. Isto conduziu a um reforço da parceria estratégica bi-regional. Entre estas grandes linhas, três se sobressaem particularmente: um maior diálogo político, relações econômicas e financeiras sólidas e uma cooperação dinâmica nos setores chave, especialmente nos setores da educação, no social e no cultural, assim como o desenvolvimento científico e tecnológico.

Esta parceria estratégica foi reforçada quando da Segunda Reunião de Cúpula entre a UE e a América latina e Caraíba (ALC), realizada em Madrid,

em 2002. Nesta ocasião foram anunciados os progressos conseguidos desde o estabelecimento da parceria estratégica entre as duas regiões nos seguintes setores: o diálogo político, as relações econômicas e financeiras e a cooperação em diversos setores.

O diálogo político entre as duas regiões foi concretizado em 2004 com a realização da Terceira Reunião de Cúpula entre a UE e a ALC, em Guadalajara, no México. Os 25 países da UE ampliada participaram deste encontro onde três temas importantes foram abordados: a coesão social, o multilateralismo e a integração regional. A UE exprimiu o desejo de ver o tema da coesão social tratado como prioridade. Foi decidida a dotação de 30 milhões de euros para um programa no setor da exclusão social. A última reunião de Cúpula foi realizada em Viena, em abril de 2006, com resultados incipientes. Esperemos que a próxima Reunião de Cúpula a ser realizada no Peru em 2008, possa concretizar as promessas feitas até então.

Além do diálogo político bi-regional, a União Européia mantém um diálogo específico com três regiões: o Mercosul, a Comunidade Andina e a América central. Estas sub-regiões representam os três mais importantes processos de integração da zona. É importante destacar que a UE mantém igualmente um diálogo político privilegiado com o Chile e o México, que não fazem parte das sub-regiões já mencionadas. O diálogo político bilateral prossegue com os países elegíveis da região, levando em conta as especificidades nacionais.

4. A COOPERAÇÃO ENTRE A UE E A AMÉRICA LATINA

Como foi dito anteriormente, a política de cooperação entre a UE e a América latina é decidida nas Reuniões de Cúpula organizadas a cada dois anos, onde se reúnem os Chefes de Estado e Governos dos Estados Membros da UE, assim como seus homólogos representando os países latino-americanos.

No que diz respeito ao quadro jurídico, a implementação da cooperação ao desenvolvimento com os países da América latina é feita obedecendo ao Regulamento ALA 443/92 que define dois grandes eixos de ação: a assistência técnica e financeira que dá o seu apoio ao desenvolvimento social, assim como a cooperação econômica que dá apoio às ações visando o reforço das capacidades institucionais dos setores econômicos dos países beneficiários.

No que toca ao quadro operacional, este é fixado para ajudas programáveis aos níveis bilateral e regional pelos « country strategy papers » e « regional strategy papers » aprovados em 2002. Estes documentos contêm a definição dos novos programas indicativos para o período 2002-2006. Eles se agregam ao conjunto de documentos, « convenções quadro de financiamento » com cada país ou órgão de integração sub-regional, assim como os « memoranda de entendimento » concluídos com cada país latino-americano ou sub-região. Novos documentos para o período de 2007-2013 estão sendo realizados pela Comissão Européia.

Globalmente, o orçamento alocado à América latina vem aumentando desde 1999 (ajuda programada). Os compromissos passaram de 208 milhões de euros em 1999 a 329 milhões de euros em 2003. A gestão financeira do orçamento alocado aos programas e projetos implementados nesta região é feita pela Direção América latina do Serviço de Cooperação EuropeAid da Comissão Europeia.

São os seguintes os setores de ação, onde a UE privilegia a realização de projetos na América latina: reforço institucional, democracia, modernização do Estado e Direitos humanos. O restabelecimento da paz na Colômbia acha-se entre as prioridades da CE.

Um outro setor importante da cooperação é o do desenvolvimento social e o desenvolvimento das regiões mais pobres, cujos beneficiários foram principalmente os países da América Central. Esta mesma região beneficiou-se com a ajuda do PRRAC (Programa de Reconstrução da América Central), um importante programa de lançado em 1999 e que recebeu uma nova contribuição em 2003.

Diversos projetos de assistência técnica ligados ao comércio e à integração regional continuam recebendo o apoio da CE, principalmente no que diz respeito aos programas que visam facilitar a implementação do futuro Acordo de Associação com o Mercosul.

Os programas regionais apoiados pela CE na América latina dão lastro às políticas de desenvolvimento destes países ajudando-os a reforçar suas capacidades institucionais. É importante citar os programas horizontais que contribuem igualmente à integração regional: Al-Invest, Alfa, Alban, Alis, Urb-Al, Obreal et Eurososial. Todos os países membros da UE e todos os países latino-americanos elegíveis podem apresentar iniciativas através de convites ou editais para apresentação de propostas, lançados periodicamente pela CE.

5. A COOPERAÇÃO ENTRE A UE E O BRASIL

Um Acordo de cooperação foi assinado entre o Brasil e a União Europeia em junho de 1992 e foi ratificado em seguida pelo Congresso brasileiro em 1995. Este acordo define os setores de cooperação bilateral sublinhando a importância da proteção ao ambiente associado ao desenvolvimento econômico e social sustentável, assim como à necessidade de promover os direitos sociais, sobretudo no que concerne às populações carentes. O acordo enfatiza a vontade das duas partes em ampliar estas relações e implementar o desenvolvimento da cooperação nos setores comercial, financeiro, de investimento e de tecnologia.

Em 2002, a Comissão Europeia adotou dois documentos que fixam as regras de cooperação bilateral com o Brasil: o documento de estratégia comunitária para o país com um programa indicativo nacional (PIN) e o *memorandum of understanding* (MoU), cuja modificação só poderá ser feita após negociação entre as partes. Os dois documentos cobrem o período que vai de

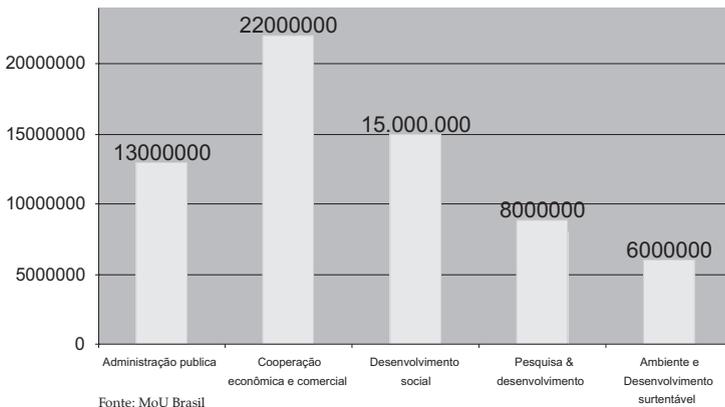
2002 até 2006. Como já foi dito anteriormente, documentos mais recentes estão em preparação para o período de 2007 a 2013.

O MoU tem por objeto a definição das prioridades da orientação plurianual para a execução da cooperação bilateral com o Brasil, para o período de 2002 à 2006. O conjunto de atividades mencionadas no MoU para este período concerne a cooperação financeira e técnica e a cooperação econômica. A gestão e as modalidades de atribuição foram determinadas pelo Regulamento (CE) n° 443/92 do Conselho das Comunidades europeias, de 25 de fevereiro de 1992. Os setores prioritários da cooperação foram determinados de acordo com as orientações políticas do Governo brasileiro a partir do PIN, documento aprovado pelo Comitê PVD/ALA em 1998 e adotado em agosto de 2002.

A contribuição programada para o período aprovado é de 64 milhões de euros. É importante mencionar os setores de cooperação escolhidos, assim como o montante da contribuição indicativa comunitária:

- Administração pública: 13 milhões de euros (reforma do Estado e modernização da Administração brasileira) ;
- Cooperação econômica e comercial: 22 milhões de euros (criação de sociedades mistas e parcerias tecnológicas);
- Desenvolvimento social: 15 milhões de euros (projetos de desenvolvimento sustentável nas regiões carentes) ;
- Pesquisa e tecnologia : 8 milhões de euros (desenvolvimento de parcerias nos setores de ponta);
- Ambiente e desenvolvimento sustentável : 6 milhões de euros (continuidade do programa PPG7 e projetos urbanos de proteção ambiental)

Gráfico 1 : Montante Indicativo da Contribuição Comunitária em euros (Período 2002-2006



A ajuda programável definida pelo documento de estratégia para o Brasil e o

MoU é implementada por meio de convenções de financiamento entre instituições oficiais e de contratos de subvenção com outros organismos de direito público ou privado. A ajuda programada diz respeito às linhas orçamentárias « cooperação técnica e financeira » e cooperação econômica ». A gestão da cvcooperação com o Brasil é administrada pela Direção América latina do Serviço de Cooperação – EuropeAid. Este trabalho é feito em colaboração com o « desk Brasil » que faz parte da equipe da Direção América latina da DG RELEX.

A ajuda não programada é aquela dada após o convite a propostas, em princípio anuais. Ela é implementada através de contratos de subvenção com os participantes da Sociedade civil, geralmente ONG's. Trata-se de linhas orçamentárias « temáticas » cobrindo setores como direitos humanos, democracia, ambiente, entre outros. Esta gestão é assegurada pela Direção de operações não geográficas do Serviço de Cooperação da Comissão Européia. Ela colabora igualmente com a DG RELEX. A título de exemplo, todos os dados da Direção Temática sobre os projetos apoiados pela CE concernente ao meio-ambiente no Brasil são encaminhados para o « desk Brasil » da DG Relex. Após um trabalho de coleta de informações nos diversos serviços da CE, o « desk » pode ter uma visão global da cooperação entre a UE e o Brasil.

Em seguida, a informação é avaliada e servirá a estabelecer documentos de uso interno à Comissão ou relatórios de caráter público. O número de projetos em vias de execução pode ser conhecido, assim como o montante alocado à cada setor através das tabelas publicadas no Web Site da CE.

Para as ajudas programadas e segundo as informações publicadas no Site da DG Relex os setores e os montantes alocados para projetos em execução apoiados pela CE no Brasil, são os seguintes:

- Direitos Humanos (6,5 milhões de euros) ;
- Modernização da Administração (2,5 milhões de euros) ;
- Modernização do sistema fiscal (2,4 milhões de euros) ;
- Ajuda às populações urbanas carentes (12,6 milhões de euros) ;
- Rede de Centro de Tecnologia (8 milhões de euros) ;
- Desenvolvimento de comunidades nas favelas do Rio (900 mil euros) ;
- Centro de biotecnologia na Bahia (900 mil euros).

Ainda, segundo estas mesmas fontes e para as ajudas não programáveis, uma centena de projetos coordenados por ONG's estão em fase de execução no Brasil por um montante de 50 milhões de euros de contribuição da CE. Quanto ao setor do ambiente, o Programa Piloto G7 (PPG7) está em execução e a totalidade das ajudas colocadas em comum por doadores diversos chega a 350 milhões de euros. Aproximadamente 80 % do total das contribuições vêm de parceiros europeus, dos quais 65 milhões vêm da Comissão européia.

É possível encontrar no Site da DG EuropeAid informações referentes aos montantes atribuídos aos projetos implementados no Brasil 1996 e 2002. Segundo o Sincom os montantes mencionados referem-se a todas as linhas orçamentárias de ajuda programada e não programada. Isto significa que as somas foram atribuídas tanto a projetos no setor do meio ambiente quanto no de desenvolvimento social.

Tabela 1: Investimento global em cooperação

(1996 - 2002 todas as rubricas orçamentais em M€)

ANO	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	TOTAL
AUTORIZAÇÕES	29,30	26,51	28,40	25,60	26,87	6,43	0	143,10
PAGAMENTOS	19,36	62,04	14,85	19,54	14,66	17,87	15,93	164,26

Fonte : Sincom/Comissão Europeia

As autorizações efetuadas permanecem estáveis entre 1996 e 2000. A partir de 2001 nota-se uma queda importante no que diz respeito as autorizações feitas pela CE para o Brasil. Em 2001 somente 6,4 milhões de euros foram autorizados e em 2002 nenhuma autorização foi feita. Isto pode ser explicado por projetos que não foram levados em conta pelos serviços da CE, por diversas razões ligadas à especificidade de cada uma das propostas apresentadas.

Quanto aos pagamentos em relação ao mesmo período constata-se uma ligeira diminuição a partir do ano 2000. Verifica-se que o período em questão diz respeito às autorizações e aos pagamentos antes da criação do serviço de Cooperação e os 2 anos que seguiram sua implementação. Os números em relação aos anos 2003 e 2004 ainda não foram publicados.

6. CONCLUSÃO

É de consenso geral que a implementação de um quadro legal e de uma programação indicativa teve repercussões positivas no que concerne às relações entre a EU a América latina. Os montantes autorizados pela Comissão Europeia e os setores de ação prioritários foram identificados em parceria com os países beneficiários. Isto significa que os programas e projetos apoiados financeiramente pela UE obedecem atualmente à uma lógica de entendimento bi-regional concebido segundo verdadeiras necessidades das populações locais.

Em relação ao diálogo político entre o Brasil e a UE, este foi reforçado pela implementação de um quadro legal assinado pelas partes em 1992. Em 2002 a adoção do PIN e do MoU fixou as regras da cooperação bilateral entre o Brasil e a EU pelo período que vai de 2002 à 2006.

Esta programação indicativa cobre principalmente três setores de ação prioritária por um montante global de 64 milhões de euros: a reforma

econômica e administrativa, o desenvolvimento social e ambiental. Outros países latino-americanos beneficiam de montantes mais conseqüentes do que àqueles alocados ao Brasil.

No âmbito da reforma da CE, a gestão da ajuda aos países terceiros foi desconcentrada e a gestão dos projetos financiados pela CE é feita de maneira conjunta entre Bruxelas e as Delegações da CE na América latina. Com efeito, as Delegações presentes nos países latino-americanos seguem de perto a implementação dos projetos que fazem parte da programação estabelecida por Bruxelas.

Esta proximidade entre o pessoal da CE presente nas Delegações de cada país latino americano e os beneficiários da ajuda é positiva para o desenvolvimento satisfatório das ações implementadas no campo. Segundo a Comunicação da Comissão Européia ao Conselho de Ministros e ao Parlamento Europeu no que concerne ao desenvolvimento do serviço exterior (COM 2000 – 456 final) « tudo que for melhor e mais facilmente gerido e decidido no país beneficiário, não o será em Bruxelas. Assim, fica mais fácil garantir a eficiência e a apropriação da gestão da ajuda ».

Um grande número de funcionários e pessoal auxiliar recebeu uma formação sobre a « Gestão do Ciclo de Projetos financiados pela CE e de análise financeira e econômica de projetos sobre desenvolvimento ». Eles receberam uma formação em Bruxelas e em seguida foram enviados aos países terceiros para assegurar uma maior eficácia na gestão dos projetos aprovados pela CE.

O número de pessoas enviadas às Delegações corresponde em geral ao montante da ajuda dada ao país beneficiário, assim como ao número de projetos aprovados ou em execução. Por exemplo, a Delegação da Nicarágua é mais importante em número do que a do Brasil.

Ainda é cedo para se fazer uma análise mais profunda do impacto da descentralização e da desconcentração implementadas na América latina no âmbito da reforma da CE. O movimento de desconcentração foi efetuado sobretudo entre 2002 e 2003.

É difícil, atualmente, verificar o impacto da criação do Serviço de Cooperação sobre a eficácia na gestão da ajuda às populações carentes da América latina. No entanto, segundo o último relatório da CE sobre a ajuda exterior publicado em 2004 sobre as ações de 2003, verifica-se uma importante melhora na rapidez do envio da ajuda financeira, assim como na eficácia da gestão dos montantes alocados aos países terceiros.

Quanto às informações em relação aos detalhes dos montantes alocados aos países terceiros, tais como os períodos e os setores escolhidos, constata-se que as fontes de informação disponíveis ao público não são numerosas. Nota-se também uma diferença na informação publicada por cada serviço. Para um pesquisador inadvertido, fica difícil a compreensão de todas as subtilidades dos números publicados.

A CE tem se esforçado muito no sentido de dar uma maior visibilidade

às ações no que concerne a ajuda exterior. No entanto, as informações são muito gerais e não refletem a realidade da cooperação nos seus detalhes importantes. Seria útil que informações mais detalhadas fossem publicadas, como por exemplo, os montantes da ajuda por país, por ano, por setor de toda a ajuda enviada à América latina e isso até 2004. É possível que com os novos programas informáticos instalados pelos serviços da CE, a informação num futuro próximo seja mais detalhada.

No que concerne aos relatórios publicados depois de 2001 pela CE sobre « a política do desenvolvimento da Comunidade Européia e a implementação da ajuda exterior » nota-se que o método de pesquisa dos montantes alocados à ajuda exterior muda a cada ano, tornando difícil o estudo de um período dado. Mais uma vez, as informações são muito gerais não configurando a medida exata desta cooperação.

Pode-se questionar sobre o objetivo e o público alvo destas publicações. Se elas foram feitas para o grande público a fim de dar uma idéia geral da cooperação ou se elas são feitas para uso das Instituições Européias, como o Parlamento e o Conselho. Tal qual elas são publicadas atualmente, tem-se somente uma visão parcial da cooperação.

Nota-se uma tendência geral ao acordo entre os grandes doadores e os Estados Membros da UE sobre a política dos fundos de ajuda exterior. Obter um quadro preciso dos montantes dedicados pelos grandes doadores à ajuda exterior poderia tornar mais eficiente e eficaz a luta contra a pobreza entre os organismos mundiais da cooperação e da ajuda ao desenvolvimento

7. REFERÊNCIAS

http://europa.eu.int/comm/europeaid/decentr/pdf/com_2000_456_fr.pdf

http://europa.eu.int/comm/europeaid/index_en.htm

http://europa.eu.int/comm/europeaid/projects/amlat/index_fr.htm

http://europa.eu.int/comm/europeaid/reports/europeaid_ra2004_fr.pdf

http://europa.eu.int/comm/external_relations/

http://europa.eu.int/comm/external_relations/la/index.htm#1b

http://europa.eu.int/comm/external_relations/la/rsp/index.htm

http://europa.eu.int/comm/world/lac-guadal/declar/01_decl_polit_final_en.pdf

www.ceficale.org

PLANEAMENTO FISCAL EM IRS*

*Manuel Faustino***

RESUMO

Aborda-se neste trabalho o tema do planeamento fiscal no âmbito do imposto português sobre o rendimento das pessoas físicas, conhecido pela sigla IRS. Na primeira parte é feito o enquadramento teórico das vias possíveis para o objectivo visado pelo planeamento fiscal – pagar o menor imposto possível. Na segunda parte, e com uma escolha clara e exclusiva pelas vias legais, o Autor desenvolve alguns aspectos particulares das opções legais, também designadas alternativas, que estão ao dispor do contribuinte para planificar a sua vida fiscal, tendo em vista atenuar, de forma legal, a sua contribuição fiscal no domínio da tributação do rendimento pessoal.

Palavras-chave

Imposto de Renda. Planeamento fiscal. Opções fiscais

ABSTRACT

This paper focus on the subject of tax planning in the bounds of Portuguese personal income tax, known as *IRS*. On the first part of the paper it is made a theoretical framework on the possible ways of achieving the tax planning purpose – pay the least tax possible. On the second part, considering a clear and exclusive choice for the legal paths, the Author develops some particular aspects of the legal options, also called alternatives, available to the taxpayer for planning his tax life, aiming to soften, in a legal way, his tax contribution, on the personal income tax domain.

Key-words

Personal income tax. Tax planning. Legal options

1. ENQUADRAMENTO DO TEMA

Pagar o menor imposto possível é um objectivo inerente à racionalidade

* Tópicos para a sessão de abertura do Curso de Pós-Graduação em Planeamento Fiscal, módulo de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, em 1 de Fevereiro de 2007, promovido pelo Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa.

** Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa; Pós-Graduado em Estudos Europeus pela Universidade Católica Portuguesa; Pos-Graduado em Derecho Tributario e em Derecho Tributario Internacional pela Universidad de Salamanca. Ex-funcionário da Direcção Geral dos Impostos - Portugal; Atualmente é Técnico Consultor no Banco de Portugal, no Departamento de Serviços Jurídicos (DJU), na área das consultas de natureza jurídica tributária.

económica, seja no plano pessoal, seja no plano empresarial. A questão da poupança fiscal é transversal a todo o sistema fiscal, é perfeitamente legítima e não supõe, necessariamente, a adopção de comportamentos susceptíveis de censura ético jurídica no plano tributário.

Existem, naturalmente, diversas vias para alcançar este objectivo: comportamentos fiscais sem risco (*intra legem*), comportamentos fiscais contingentes (*extra legem* ou *in fraudem legem*) e comportamentos fiscais violadores da lei (*contra legem*).

A gestão fiscal (*tax planning*, planeamento fiscal, optimização fiscal ou engenharia fiscal), na acepção que aqui utilizamos o conceito, consiste em minimizar os impostos a pagar por uma via totalmente legítima e lícita, querida até pelo legislador ou por este sugerida quando oferece alternativas fiscais. Trata-se de escolher a via fiscalmente menos onerosa consistente com a gestão normal dos negócios pessoais ou empresariais. No dizer de Freitas Pereira¹ «a gestão fiscal nos tempos modernos caracteriza-se por uma postura activa da parte do contribuinte, que procura inserir a variável fiscal nas suas decisões e, assim, normalmente, minimizar a factura fiscal que sobre ele recai, desde que isso se reflecta em aumento do rendimento após impostos». Essencial, ainda segundo o mesmo autor, é que a gestão fiscal se insira numa abordagem global da estratégia empresarial, o que significa que a minimização dos impostos a pagar não pode, sem riscos, ser considerada como um fim em si mesma. Tal abordagem significa que, em vez de se considerar a minimização dos impostos a pagar como objectivo da gestão fiscal, a perspectiva correcta é visar o aumento do rendimento após impostos»

Em matéria de gestão fiscal, a doutrina distingue, neste domínio, entre economias de opção e opções fiscais². As economias de opção, um conceito não jurídico porque em nenhum lado o legislador o define, são prévias às opções fiscais e são entendidas como a possibilidade deixada ao particular de escolher entre várias alternativas legalmente válidas dirigidas à prossecução do mesmo fim, mas que se distinguem pelo facto de umas apresentarem vantagens em relação a outras. Sendo as opções fiscais mera modalidade das economias de opção, impõe-se, antes do mais tentar precisar-lhes o sentido e o âmbito.

Numa primeira acepção, as economias de opção consistem na possibilidade deixada ao particular de optar pela forma jurídica menos gravosa, em obediência ao princípio da liberdade ou da autonomia privada, que é regra no campo das obrigações, onde as disposições imperativas têm carácter excepcional (cfr. art. 398.º, n.º 1, do Código Civil).

Ora, as economias de opção, na medida em que não pressupõem o abuso de formas jurídicas, são válidas. Citando García Novoa, *El derecho del contribuyente*

¹ PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 387 e ss.

² Seguiu-se ALMAGRO MARTIN, Carmen. *Opciones fiscales en el IRPF*. Granada: Comares, 2005, p. 1-29.

a la tipicidad: “O direito à planificação fiscal lícita significa o direito de aproveitar as economias de opção que derivem do ordenamento tributário, incluindo as implícitas, que são aquelas que devem presumir-se quando a lei não tribute expressamente um facto que, há que deduzir, poderia ter tributado (entre nós o exemplo das remunerações em espécie). Num ordenamento configurado por obrigações de prestare, como é o fiscal, a regra deve ser a economia de opção, pois o contribuinte, no momento em que planifica a sua actividade económica, deve ter o direito de se colocar em zonas onde a tributação porventura não tenha chegado”. Em síntese, as economias de opção identificam-se com aquelas situações em que o contribuinte se coloca numa situação jurídica que goza de um tratamento fiscal mais vantajoso que outra, oferecendo ambas um resultado equivalente ao querido pelo contribuinte. Podemos dar como exemplo de uma economia de opção, em IRS, a pessoa singular escolher exercer uma actividade empresarial ou profissional em nome individual ou sob a forma societária. Esta escolha é uma economia de opção tácita ou implícita uma vez que, sendo uma situação jurídica concreta, envolve, em abstracto, consequências fiscais irreversíveis. Designadamente, o exercício individual de uma actividade empresarial ou profissional é tributado em IRS e não em IRC. E já neste imposto pode, então, por exemplo, optar (e aqui já estamos perante uma economia de opção explícita ou opção fiscal) por possuir contabilidade organizada, por ficar no âmbito do regime simplificado ou por ser tributado segundo as regras aplicáveis à categoria A, desde que, naturalmente, se verifiquem os pressupostos legais de tais opções.

Outras opções fiscais podemos encontrar, como, as exclusões tributárias, os benefícios fiscais e as alternativas fiscais – v. g., no IRS, o regime especial aplicável aos praticantes desportivos até ao ano passado, as “opções pelo englobamento” ou as “opções pela inclusão no agregado familiar”. Os actos e negócios que lhe são próprios situar-se-iam neste caso *intra legem* e, conseqüentemente, não seriam susceptíveis de qualquer juízo de censura.

As opções fiscais inserem-se, naturalmente, no quadro do planeamento fiscal e que alguns autores, não obstante, integram no conceito genérico de «evasão fiscal», por entenderem que esta compreende todos os procedimentos adoptados pelo contribuinte com o intuito de, sem violação da lei, minimizarem o valor dos impostos que têm de suportar. Distinguiremos, no planeamento fiscal, a gestão fiscal, constituída por condutas omissivas ou comissivas, mas que, em qualquer caso, se situam *intra legem* e, portanto, não oferecem qualquer risco, das outras modalidades que, ou por se situarem *contra legem* (evasão ou fraude fiscal *strictu sensu*) ou poderem significar o abuso de formas jurídicas dirigido principalmente à obtenção de vantagens fiscais (elisão fiscal), apresentam, naturalmente, riscos ou constrangimentos fiscais.

A **gestão fiscal omissiva** apresenta duas modalidades – a abstenção de incidência e a transferência económica.

a) A abstenção de incidência consiste num comportamento omissivo do contribuinte que renuncia a utilizar, materializar ou desenvolver uma actividade

económica sujeita a imposto. É antiga, e dela existem diversas modalidades, esta forma de planeamento fiscal, remontando ao Antigo Egipto e à opressiva fiscalidade sob a dinastia dos Ptolomeus³. Nessa época, as pessoas chegavam ao extremo de abandonar a sua residência, as suas ocupações e fugir para o deserto, transformando-se em eremitas. É o denominado *anacoretismo fiscal*, que terá sido retomado no Império romano, é referenciado na antiga civilização Maia e adquiriu, com o Catolicismo, uma dimensão denunciada por Santo Agostinho, em A Cidade de Deus, quando as pessoas, para fugirem aos impostos, entregavam todos os seus bens à Igreja e passavam a ser sustentadas por esta. Para evitarem, ou atenuarem, o pagamento da denominada Contribuição das Portas e Janelas, muitos contribuintes eliminavam as aberturas das suas habitações para o exterior, de tal modo que, em meados do Séc. XIX, «perto de metade das habitações existentes em França têm uma porta sem janela, ou somente uma porta e uma janela».

Deixar de fumar para não pagar imposto sobre o tabaco, não adquirir um imóvel para não pagar IMT ou viver do rendimento mínimo de inserção social para não pagar IRS são, hoje em dia, exemplos de **abstenção de incidência**. Conduzem a uma situação de não pagamento de imposto que, todavia, não pode ser qualificada como modalidade de evasão fiscal ilícita e que, sugestivamente, já foi apelidada de *alergia fiscal*.

b) A transferência económica do imposto, fenómeno estudado na ciência das Finanças Públicas a propósito dos efeitos micro económicos dos impostos, traduz-se em mecanismos que visam transferir para terceiros o peso tributário. São os conhecidos casos de **amortização** (redução do valor que os bens duradouros sofrem em virtude de um imposto futuramente incidente sobre o valor dos próprios bens ou sobre o seu rendimento), **remoção** (aumento da matéria colectável no correspondente à totalidade ou parte do imposto suportado), **difusão** (adopção de um comportamento retractive em resultado da diminuição do rendimento disponível por via do aumento de um imposto, que vai reflectir-se na actividade de outros agentes económicos – efeito indirecto da incidência) e **repercussão** (transferência do encargo tributário do contribuinte de direito para outra pessoa, que passa a designar-se o contribuinte de facto)⁴.

Na **gestão fiscal comissiva**, aquela que se traduz em condutas positivas, podem-se integrar-se os efeitos-anúncio, os efeitos substituição e a utilização de mecanismos legais que possibilitam a minimização da carga tributária⁵.

a) Os efeitos-anúncio correspondem ao comportamento do contribuinte

³ SANTOS, J. Albano, *Teoria Fiscal*. Lisboa: UTL – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003, p. 340-344

⁴ FRANCO, Antonio Luciano Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 2.^a ed. Coimbra: (s.e), 1988, p. 636-844.

⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes. *A evasão e a fraude fiscais face à teoria da interpretação da lei fiscal*. Revista FISCO, n.º 31, Junho de 1991, p. 15-37.

que, conhecendo antecipadamente (v. g., por via da proposta do OE ou do prévio anúncio público) uma futura alteração do seu regime jurídico tributário, planifica a sua actividade económica por forma a que esta venha a recair no período temporal em que for aplicável a lei mais favorável em relação ao seu caso concreto. É a utilização do factor temporal, conexo com um dos aspectos fundamentais do elemento objectivo do facto tributário (o aspecto temporal) e que não envolve a utilização de qualquer processo jurídico artificioso ou invulgar para obter uma tributação inferior.

b) Nos efeitos-substituição podemos incluir todas aquelas modificações no comportamento dos contribuintes ocorridos após uma modificação do seu regime fiscal. Não constitui qualquer ilícito o facto de um contribuinte converter todos os seus depósitos a prazo em de unidades de participação em fundos de investimento, pois o rendimento destas está isento de IRS e o rendimento dos depósitos a prazo está sujeito a uma retenção na fonte de 20%.

c) A utilização de mecanismos legais consiste no aproveitamento de soluções legais que minimizam a tributação, como, por exemplo, as diversas exclusões tributárias, os benefícios fiscais, as alternativas fiscais e as próprias lacunas legais, até porque nunca se sabe se uma lacuna é voluntária ou involuntária (silêncio eloquente!).

Na **elisão fiscal** (*tax avoidance*) estamos ainda perante a intenção de minimizar a tributação, através da realização de negócios lícitos no plano negocial, mas que a lei fiscal pretende qualificar, nomeadamente através das denominadas normas anti-abuso, gerais ou especiais, como não sendo conformes com a substância da realidade económica que lhes está subjacente, ou serem anómalos, anormais ou abusivos. Obter-se-ia, assim, uma poupança fiscal realizada através de factos ou situações que o legislador tem a intenção de cobrir mas que, pelas mais diversas razões, não se encontram expressamente previstos pela lei fiscal ou, quando nela previstos, são realizados em condições diferentes das normais. Para poder opor-se a este tipo de comportamento, o legislador português consagrou na Lei Geral Tributária, no n.º 2 do seu artigo 38.º, a denominada «norma-geral anti-abuso» nos seguintes termos: «são ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização de meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas». E nos diversos códigos tributários consagrou ainda normas especiais anti-abuso.

Na **fraude fiscal** (*tax evasion*) estamos também perante a diminuição dos impostos devidos mas conseguida através de comportamentos completamente

patológicos (*contra legem*) pois é obtida através da realização de actos ou negócios lícitos, que infringem frontalmente a lei fiscal, seja por acção, seja por omissão [aqui se integram as condutas típicas da fraude fiscal (artigos 103.º e 104.º do Regime Geral das Infracções Tributárias - RGIT), do abuso de confiança fiscal (artigo 105.º do RGIT) e da frustração de créditos fiscais (artigo 88.º do RGIT)]⁶.

2. GESTÃO FISCAL E IRS

A gestão fiscal caracteriza-se hoje, com já antes referimos, por uma postura activa da parte do contribuinte que procura inserir a variável fiscal nas suas decisões e, por essa via, minimizar a factura fiscal que sobre ele recai, desde que isso se reflecta num aumento do rendimento após o imposto. E tem de adiantar-se que nos objectivos da gestão fiscal se incluem, para além da minimização da factura tributária, o diferimento do pagamento do imposto e a gestão e a liquidação dos impostos.

Fala-se, predominantemente, de gestão fiscal a propósito das empresas. Fala-se, menos, a propósito das pessoas singulares e ao imposto sobre o rendimento pessoal a que se encontram sujeitas. De facto, instrumentos essenciais de planeamento fiscal como a sub-capitalização ou os preços de transferência, não são susceptíveis de utilização pelas pessoas singulares enquanto tais. Mas, sem dúvida a uma menor escala, sobra ainda algum espaço para que certas decisões das pessoas singulares mereçam passar pelo crivo da sua racionalidade em termos fiscais.

Um aspecto particular da gestão fiscal em IRS, considerando que as exclusões tributárias ou delimitações negativas da incidência e os benefícios fiscais são suficientemente conhecidos⁷, é constituído pelas alternativas ou opções fiscais. Não se trata, naturalmente, da alternativa radical, que é a de não trabalhar ou a de não ter quaisquer fontes de rendimento, para não ser tributado. Mas de alternativas que, a partir da análise da realidade como um todo, se colocam ao contribuinte com efeitos no montante, no tempo e no modo de pagamento dos impostos que sejam devidos.

Essas alternativas projectam-se desde logo em múltiplas disposições do Código do IRS, em que é possível escolher o regime de tributação ou a forma de determinação da base tributável:

- Entre tributação separada ou tributação conjunta, no caso das uniões de

⁶ Procurando distinguir entre *tax avoidance* e *tax evasion*, XAVIER, Alberto. *O Negócio Indirecto em Direito Fiscal*, Ciências e Técnica Fiscal n.º 147, Março de 1971, p. 22 e ss., escreve: «na *tax avoidance* procura-se não entrar na relação jurídica tributária; na *tax evasion* procura-se dela sair».

⁷ Praticar um facto económico cuja consequência fiscal é, nos termos da própria lei, não se situar no perímetro da incidência do imposto ou, situando-se nesse perímetro, aí ser abrangido por uma norma que concede uma isenção, constituirá, certamente, uma economia de opção, mas não uma opção fiscal em sentido estrito.

facto ou nas situações de vivência em economia comum (artigo 14.º do Código do IRS)⁸;

– Entre a tributação no âmbito do agregado familiar ou a tributação autónoma, no caso dos dependentes que, legalmente, possam optar (n.º 5 do artigo 13.º do Código do IRS);

– Entre englobamento ou não englobamento de certos rendimentos (artigo 22.º, n.ºs 3 e 5 do Código do IRS);

– Entre regime simplificado ou regime de contabilidade organizada (artigo 28.º, n.º 2 do Código do IRS).

– Outras alternativas respeitam:

– À forma de realização das operações ou actividades (forma jurídica e local de realização);

– Ao momento da tributação;

– À categoria e tipo de rendimentos.

(a) Forma de realização das operações ou actividades

(aa) Forma jurídica

As pessoas singulares podem exercer, do ponto de vista fiscal, actividades profissionais ou empresariais sob formas jurídicas distintas: sob forma de patrimónios individuais não juridicamente autonomizados; sob a forma de patrimónios individuais juridicamente autonomizados (estabelecimento individual de responsabilidade limitada – com limitações quanto ao objecto)⁹; ou sob a forma societária, máxime a sociedade unipessoal por quotas¹⁰.

Os rendimentos obtidos no âmbito do exercício de uma actividade profissional ou empresarial sob a forma de patrimónios individuais não juridicamente autonomizados ou sob a forma de patrimónios individuais juridicamente autonomizados (EMIRL) são incluídos na categoria B, ficando teoricamente sujeitos a uma tributação progressiva com taxas que variam entre 10,5% e 42%. Não obstante a necessidade de autonomização contabilística dos respectivos patrimónios, como se colhe do disposto nos n.ºs 1 do artigo 29.º do Código do IRS, não são aceites como custo para efeitos de determinação

⁸ O que, aliás, configura uma discriminação negativa da família constituída com base no casamento. Não se compreende, de resto, que sucessivos Governos tenham estados autorizados a introduzir a tributação separada para os casais casados e, até agora, nunca tenham concretizado tais autorizações. De tal modo que hoje se pode dizer que a escolha entre casar e não casar (no quadro do casamento instituição, regulado no Código Civil no âmbito do direito da família) constitui, de algum modo, no plano tributário, uma economia de opção.

⁹ O Estabelecimento Mercantil Individual de Responsabilidade Limitada (EMIRL) foi criado pelo Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, embora com objecto limitado ao exercício de actividades comerciais (cfr. artigo 1.º, n.º 1).

¹⁰ Cap. X do Título III Código das Sociedades Comerciais, constituído pelos artigos 270.º-A a 270.º-G, em vigor desde 5 de Janeiro de 1997

do rendimento líquido empresarial ou profissional quaisquer remunerações eventualmente atribuídas ao empresário ou aos membros do seu agregado familiar (requalificação, com aproveitamento da dedução específica) e não há qualquer possibilidade de considerar parte do capital posto ao dispor da empresa pelo empresário como capital alheio (vencendo juros, que seriam custo, eventualmente, susceptíveis de uma tributação mais ligeira). As limitações específicas à consideração de custos nas actividades profissionais e empresariais estão consagradas no artigo 33.º do Código do IRS. O autoconsumo e a transferência de bens afectos aos activos profissionais e empresariais devem ser considerados como operações realizadas com terceiros na óptica do apuramento de resultados. Como aspecto positivo, sublinha-se que não existe, em ambos os casos, qualquer problema de dupla tributação económica ou jurídica (o empresário individual integra automaticamente na sua esfera patrimonial pessoal os resultados da actividade profissional ou empresarial exercida, sem necessidade de um acto de “distribuição” de resultados, como sucede com os resultados obtidos no âmbito de uma sociedade).

A diferença fundamental é a de que, no primeiro caso (exercício de actividade profissional ou empresarial sob a forma de patrimónios autónomos não juridicamente individualizados), não existe limitação da responsabilidade pelas dívidas imputáveis ao exercício da actividade económica (responde a totalidade do património do credor) enquanto no segundo (exercício da actividade profissional ou empresarial sob a forma de patrimónios autónomos juridicamente individualizados) a responsabilidade pelas dívidas, incluindo as fiscais, é limitada aos bens afectos ao respectivo estabelecimento (artigo 25.º da LGT). Afigura-se, aliás, que a questão da responsabilidade tributária em geral é um tema que, necessariamente, deve ser analisado em sede de gestão fiscal, tendo em vista a adopção de condutas preventivas que visem subtrair a essa responsabilidade partes do património do devedor.

A opção pela forma societária tem, em relação às anteriores, nomeadamente as seguintes vantagens:

– Taxa de tributação proporcional a 25%, a que acresce a derrama, imposto local lançado pelos municípios e que com a nova Lei das Finanças Locais¹¹, passou a incidir sobre o lucro tributável sujeito e não isento de IRC, a uma taxa que pode atingir 1,5%;

– Consideração como custo das remunerações do empresário e dos membros do seu agregado familiar, com a inerente requalificação (de lucros a salários) e tratamento fiscal próprio;

– A possibilidade de considerar parte do capital como prestações suplementares ou suprimentos, por um lado, ou capital alheio, por outro;

Mas também tem, eventualmente entre outras, as seguintes desvantagens:

¹¹ Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro.

– Dupla tributação económica dos lucros, pois os lucros são tributados em primeiro lugar na sociedade e posteriormente na esfera do sócio quando lhe são distribuídos – hoje atenuada pelo mecanismo da isenção de 50% no caso de opção pelo englobamento, nos termos do artigo 40.º-A do Código do IRS. Recorda-se aqui que, num caminho claro de semi-dualização do imposto, de características pretensamente únicas, os lucros e os juros são hoje ¹², em todas as circunstâncias, sujeitos a uma retenção na fonte de 20%, tendencialmente liberatória;

– Sujeição ao Imposto sobre as Transmissões onerosas de Imóveis (IMT) nas passagens de bens imóveis da sociedade para o património individual (à luz de um princípio de existência de alteridade jurídica que distingue e autonomiza duas pessoas – a pessoa jurídica e a pessoa física – que, no caso dos patrimónios individuais, se considera não existir).

(ab) Local da realização das operações

Em matéria de IRS, rege, como se sabe, como elemento de conexão territorial relevante que determina a tributação, a residência fiscal – conceito que encontra consagração no artigo 16.º do Código. Em princípio, não haveria aqui qualquer possibilidade de planeamento (considerando a tributação dos residentes). No entanto, como se sabe, já existe actualmente algum planeamento em torno da residência fiscal, uma vez que a residência em território português se subdivide, para efeitos de IRS, em residência no território continental, residência na Região Autónoma dos Açores e residência na Região Autónoma da Madeira. Uma pessoa considerada residente na R. A. dos Açores paga menos 20% de IRS do que uma residente no Continente. E uma pessoa residente na RA da Madeira, pagando mais IRS do que se for residentes nos Açores, também paga menos do que se residir no Continente¹³. Agora há ainda a probabilidade de haver uma poupança de IRS até 5% do respectivo montante em função do Município da residência, em face da possibilidade que a nova Lei das Finanças Locais concedeu aos Municípios de «abdicarem», na totalidade ou em parte daquele montante que passou a constituir sua receita própria¹⁴.

Note-se que o elemento relevante é a residência do contribuinte e não a localização do estabelecimento comercial, industrial, agrícola ou a instalação afecta ao exercício de uma actividade profissional.

Em sentido negativo tem de lembrar-se, no que se refere à deslocação

¹² A tributação dos lucros por taxa liberatória de 20% foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 192/2005, de 7 de Novembro. Os juros de aplicações financeiras sempre foram tributados por retenção na fonte a taxa liberatória

¹³ As diferenças de tratamento fiscal resultam da forma como cada Região Autónoma «adaptou», no quadro da Lei das Finanças Regionais, o sistema fiscal às respectivas regiões.

¹⁴ Disposição legal que suscitou dúvidas de inconstitucionalidade ao Presidente da República, dirimidas pelo Acórdão n.º 711/2006, de 29 de Dezembro de 2006 em sentido negativo: tal possibilidade não viola a Constituição. Lendo-se, porém, alguns dos votos de vencido ficam-nos fundadas dúvidas sobre a bondade do juízo de constitucionalidade expresso no Acórdão.

do domicílio, a norma especial anti-abuso constante do n.º 3 do artigo 16.º do Código do IRS: quem, tendo a nacionalidade portuguesa, transferir, sem razões atendíveis, o seu domicílio para um paraíso fiscal (lista negra constante da Portaria 154/2005, de 13 de Fevereiro, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 231/2004, publicada no Diário da República, I Série B, n.º 70, de 23 de Março), continua a considerar-se residente em território português durante o ano da mudança e nos quatro anos subsequentes. Como consequências imediatas e automáticas sublinham-se a obrigação de nomeação de representante (artigo 19.º n.º 4 da LGT) e manutenção da tributação de base mundial durante o período em que se ficciona a residência em território português.

(b) Momento da tributação

O factor tempo desempenha um papel central na verificação do facto tributário. O tempo constitui, de resto um dos aspectos que integram o elemento objectivo do facto tributário, o **aspecto temporal**. O tempo reflecte-se tanto na verificação do facto gerador do imposto, como nos prazos que condicionam a constituição, a modificação ou a extinção das relações jurídicas tributárias, e ainda na aplicação das leis às situações concretas.

A exemplo do que sucede noutros Códigos, também o Código do IRS está repleto de normas em que determinado aspecto temporal é decisivo quer para a sujeição ou não sujeição a imposto, quer para a aplicação ou não de um certo regime fiscal. São disso exemplo o regime transitório de tributação das mais-valias estabelecido no artigo 5.º do Decreto-Lei que aprova o Código do IRS, o período de detenção de acções que não titulem capital de sociedades cujo activo seja directa ou indirectamente constituído em mais de 50% por bens imóveis ou direitos reais sobre bens imóveis situados em território português ou a observância dos períodos de imobilização em certas aplicações financeiras efectuadas com benefício fiscal. Em matéria de diferimento da tributação, a que se associam, a final, outras possibilidades de gestão fiscal, um bom exemplo é constituído pelas contribuições da entidade patronal para regimes complementares de segurança social ou para seguros de vida (matéria que será especificamente tratada neste curso). O factor tempo tem ainda relevância no que se refere a certos prazos estabelecidos na lei, como os prazos de caducidade e de prescrição ou nos prazos em que uma determinada opção do contribuinte não tem retorno possível (opção pelo regime simplificado ou renúncia a uma isenção).

Em IRS, e para além dos já mencionados casos, subsistem, ao nível da categoria B, as possibilidades de gestão fiscal geralmente reconhecidas como possíveis, associadas ao princípio da especialização dos exercícios e a consequente relevância do momento em que as transacções ou as prestações de serviços se realizam, ao regime das sobras plurianuais, ao regime das reintegrações e amortizações ou ao regime das mais-valias e das menos-valias.

(c) Categoria e tipo de rendimentos

Reclamando-se do tipo sintético, o IRS manteve, contudo, uma vertente

analítica muito importante, concretizada na opção de base que consistiu na tipificação dos rendimentos tributáveis por categorias. O tratamento dado nas diferentes categorias não é idêntico. Logo, uma forma possível de gestão possível é caracterizar ou recaracterizar o rendimento de modo a que a tributação seja a mais favorável possível, **aproveitando as alternativas que a lei consinta**.

Um sugestivo exemplo é dado pela possibilidade de opção consagrada no artigo 28.º, n.º 8 do Código do IRS em cujos termos um trabalhador independente, em certas condições, pode ser tributado pelas regras aplicáveis ao trabalho dependente (categoria A). Considerando as regras de determinação do rendimento líquido de cada uma das categorias, um trabalhador independente que seja prestador de serviços e que se encontre abrangido pelo regime simplificado de tributação, tenderá a exercer a opção pela tributação segundo as regras da categoria A sempre que a dedução específica da categoria A ($0,72 * 12 * rmmg$) seja superior a 65% do seu rendimento bruto.

Outros exemplos da possibilidade de se “escolher” a categoria em que se pretende seja tributado o rendimento podem ser dados (explicando):

– Distribuição de lucros (categoria E) ou mais-valias (categoria G). A não distribuição de lucros e a concomitante constituição de reservas reflectir-se-á no valor da participação social;

– Rendas (categoria F) ou proveitos empresariais (categoria B). Se uma pessoa singular detiver imóveis afectos ao mercado do arrendamento, pode planificar fiscalmente a sua situação, optando por afectar os imóveis ao exercício de uma actividade empresarial;

– Rendimentos do trabalho (já) ou pensões (no futuro). Esta requalificação é mais complexa, pois está relacionada com a natureza dos benefícios associados às contribuições, relevando, para o primeiro caso, em regra, a constituição de «direitos adquiridos» e, para a segunda, a constituição de «meras expectativas»¹⁵;

– Rendimentos de capitais (percepção de benefícios em capital) ou pensões (percepção de benefícios sob a forma de renda), o que pode suceder, por exemplo, com os benefícios resultantes de aplicações em planos poupança-reforma, nos termos do artigo 21.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais.

Em relação aos rendimentos de trabalho dependente o tipo de retribuição é também importante no tocante à incidência das contribuições para a segurança social, pois continua a não existir uniformização completa entre a base tributável para efeitos de IRS e para efeitos de contribuições para a segurança social.

¹⁵ Em termos muito incipientes, dir-se-á que os «direitos adquiridos», uma vez constituídos, não mais podem ser «retirados» ao seu beneficiário. Já as «meras expectativas» se podem qualificar como «direitos em construção», sendo aleatório, no momento da contribuição, saber se o potencial beneficiário terá de facto, no futuro, qualquer benefício. Obviamente, a fiscalidade não poderia ser idêntica em ambas as situações. E não o é, embora num quadro bastante complexo que será desenvolvido numa das sessões deste Curso.

Um elucidativo exemplo de possibilidades de gestão fiscal é dado por Freitas Pereira, no seu Manual de Fiscalidade¹⁶ e que aqui, com a devida vénia, nos permitimos reproduzir: “Uma sociedade anónima tem reservas disponíveis e pretende saber quais as alternativas que tem de remunerar os seus accionistas, que são pessoas singulares residentes) e a sua incidência fiscal”.

1.ª alternativa – distribuição das reservas aos accionistas

Qualificação: rendimentos de capitais (artigo 5.º n.º 2 al. h) do CIRS);

Retenção: Na fonte: à taxa de 20%, mas com natureza de taxa liberatória (artigos 101.º e 71.º) (salvo opção pelo englobamento – Decreto-Lei n.º 192/2005, de 7 de Novembro)

Tributação individual – Opção pela tributação à taxa liberatória aplicada na fonte ou opção pelo englobamento de 50% dos lucros distribuídos (neste caso a taxa efectiva marginal poderia elevar-se para 21%).

2.ª alternativa – aumento de capital por incorporação de reservas com atribuição das novas acções aos accionistas

Qualificação: a atribuição de novas acções aos accionistas não é fiscalmente relevante, não sendo tributada. A tributação verificar-se-á apenas quando as acções forem alienadas.

Data de aquisição: a data da aquisição das acções resultantes do aumento de capital por incorporação de reservas reporta-se, com todas as consequências, à das acções que lhes deram origem (artigo 43.º n.º 4 alínea a) do Código do IRS.

Alienação posterior das acções: os rendimentos resultantes da alienação de acções são qualificados como mais-valias (categoria G) – artigo 10.º n.º 1 al. b) do Código do IRS.

Tributação: exclusão tributária se as acções tiverem sido detidas por mais de 12 meses, tributação autónoma de 10% caso se não verifique o período de detenção de 12 meses ou possibilidade de englobamento, aconselhável sempre que, seja directamente, seja por via da possibilidade de reporte de perdas (menos-valias da mesma natureza relativas aos dois anos anteriores – artigo 55.º n.º 6) a taxa efectiva de tributação seja inferior a 10%¹⁷.

3.ª alternativa – Com as reservas, a sociedade adquire acções aos seus accionistas

¹⁶ PEREIRA, op. cit., p. 402-403.

¹⁷ Salva-guarde-se que o regime de delimitação negativa da incidência por detenção das acções por mais de 12 meses deixou de operar em relação a acção representativas do capital social de sociedades cujo activo seja constituído em mais de 50% por imóveis ou direitos reais sobre bens imóveis, situados em território português – n.º 12 do artigo 10.º do Código do IRS, aditado pela Lei n.º 39.-A/2005, de 29 de Julho. Não é este o lugar nem o momento adequados à problematização da norma e da eventual impraticabilidade, em muitos casos, da sua aplicação efectiva.

Regime idêntico ao acabado de referir quanto à tributação da alienação de acções.

4.ª alternativa – Efectuar uma cisão parcial

Admitindo que a sociedade tem dois ramos de actividade distintos (ramo A e ramo B), seria possível destacar o ramo de actividade B sem redução do capital da sociedade originária (hipótese que pressupõe que o valor líquido do património a transferir não ultrapassa o montante das reservas disponíveis), recebendo os accionistas, à crescer às acções que detinham na sociedade cindida, acções da sociedade para a qual é transferido o ramo de actividade B, não havendo lugar a qualquer tributação no momento da cisão se a esta for aplicável o regime da neutralidade fiscal previsto na lei (artigo 10.º n.º 10 do Código do IRS). A uma ulterior alienação das acções assim recebidas é aplicável o regime que já aqui se referiu quanto à data de aquisição e, conseqüentemente, o regime de tributação já referido.

3. AS CONSEQUÊNCIAS FISCAIS RESULTANTES DA AFECTAÇÃO DE CERTOS BENS E DIREITOS A UMA ACTIVIDADE PROFISSIONAL OU EMPRESARIAL

A categoria B tem uma característica que a doutrina usa designar por “preponderância”. Esta característica traduz-se na força atractiva que a categoria B, por força de disposição legal, evidencia em relação a rendimentos que, se não fora essa mesma força, seriam qualificados em categoria diferente. É o que resulta do disposto nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 3.º do CIRS segundo a quais ainda se consideram rendimentos da categoria B, respectivamente:

- Os rendimentos prediais imputáveis a actividades geradoras de rendimentos profissionais e empresariais;
- Os rendimentos de capitais imputáveis a actividades geradoras de rendimentos empresariais e profissionais;
- As mais-valias apuradas no âmbito das actividades geradoras de rendimentos empresariais e profissionais... e bem assim os outros ganhos ou perdas que, não se encontrando nessas condições, decorram das operações referidas no n.º 1 do artigo 10.º, quando imputáveis a actividades geradoras de rendimentos empresariais e profissionais.

Daqui resultam consequências importantes em termos de possibilidades (positivas ou negativas) de gestão fiscal que exigem, segundo nos parece prudente, uma visão global. É, em traços sintéticos, essa visão que, para finalizar a intervenção de hoje, quero aqui deixar.

4. ACTIVIDADE PROFSSIONAL OU EMPRESARIAL COM CONTABILIDADE ORGANIZADA

4.1. Consequências fiscais da afectação de imóveis a um actividade empresarial

Exploração normal do bem – No âmbito da exploração económica normal do bem são auferidos rendimentos que, por terem em regra subjacentes contratos de cedência de utilização do uso qualificados como contratos de arrendamento, usam denominar-se rendas;

As rendas constituem proveitos da categoria B. Não obstante, podem estar sujeitas a retenção na fonte (artigo 11.º do Decreto-Lei 42/91, de 22 de Janeiro, que estabelece o regime de retenção na fonte em IRS).

No apuramento do rendimento líquido são considerados custos directos dedutíveis:

- A amortização dos imóveis;
- Os encargos de conservação e manutenção dos imóveis;
- Encargos decorrentes da propriedade horizontal
- Impostos e taxas relativos aos imóveis

NOTA: na categoria F não existe, nem sequer é considerada a possibilidade, a amortização, directa ou indirecta, dos imóveis. Ou seja, o custo dos imóveis arrendados não é susceptível de recuperação por parte do investidor, se os mantiver alocados à categoria F.

Alienação do bem – a alienação onerosa de elementos do activo immobilizado empresarial gera mais-valias fiscais, que são qualificadas, quando positivas, como elemento positivo da determinação da matéria colectável.

Determinação da mais-valia:

- É obrigatoriamente levada em linha de conta a amortização do bem (de onde decorre o apuramento de uma mais-valia maior);

- A mais-valia fiscal integra-se na sua totalidade no rendimento líquido, excepto se houver reinvestimento relevante, caso em que a mais-valia é considerada em metade (artigo 45.º, n.º 1, do Código do IRC, por força da remissão efectuada pelo artigo 32.º do CIRS).

- Relativamente a bens imóveis afectos a actividades comerciais, industriais e agrícolas (excepção feita a prédios rústicos, dependendo, contudo da data de afectação) não é possível aplicar o regime transitório do artigo 5.º do Decreto-Lei que aprova o Código do IRS.

Se o imóvel estiver no activo particular a sua alienação integra a previsão de incidência da categoria G. Consequências:

- Pode-se aplicar o regime transitório (artigo 5.º do Decreto-Lei que aprova o CIRS);

- Não é levada em linha de conta a amortização do bem, o que por si só já atenua a mais-valia, sendo que ainda se aplica o coeficiente de correcção monetária ao valor de aquisição bruto (se tiverem decorrido mais de 24 de meses após a aquisição);

- A mais-valia só conta em 50%, com ou sem reinvestimento.

4.2. Aplicações financeiras e partes sociais

Os rendimentos de fruição de aplicações financeiras e partes sociais efectuadas no âmbito de actividades empresariais ou profissionais são originariamente qualificados como rendimentos de capitais, para efeitos de retenção na fonte (artigo 11.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 42/91).

Mas em relação a eles, distingue-se:

- Rendimentos de capitais que não sejam lucros - a retenção nunca é liberatória (artigo 11.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 42/91), pelo que têm sempre de ser englobados.

- Lucros – É aplicável o regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, nos termos previstos no artigo 46.º - dedução total quando verificados os requisitos previstos no n. 1 ou redução a 50% nos termos do n.º 8.

São dedutíveis encargos directamente conexos com a obtenção dos rendimentos (comissões, despesas administrativas).

Na categoria E há a possibilidade de, relativamente a certos juros, a retenção ter natureza liberatória. Não são dedutíveis quaisquer encargos.

4.3. Mais-valias de instrumentos financeiros e partes sociais

As mais-valias de instrumentos financeiros e partes sociais obtidas no âmbito de uma actividade empresarial ou profissional integram-se no regime geral da categoria B (não beneficiando, portanto, do tratamento preferencial previsto na categoria G). Particularmente impressionante é, neste domínio, a constatação de que a acções detidas por mais de 12 meses se não aplica a exclusão tributária, já que esta opera exclusivamente no âmbito da categoria G. Igualmente não é possível optar pela tributação a 10%.

5. ACTIVIDADE PROFSSIONAL OU EMPRESARIAL SEM CONTABILIDADE ORGANIZADA (REGIME SIMPLIFICADO)

Em termos gerais:

- No apuramento do rendimento líquido não existe uma consideração

directa de custos. Os custos incorridos incluem-se nas percentagens (80% ou 30%) de “despesas presumidas”;

- Os rendimentos de capitais são considerados apenas em 70%;
- Não é aplicado o regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos
- Em matéria de mais-valias:
 - Só contam as mais-valias, não se apurando saldo entre as mais-valias e as menos-valias das operações realizadas durante o ano;
 - Não é aplicável o mecanismo do reinvestimento;
 - As mais-valias são apenas consideradas em 70%;
 - Também não se verifica a exclusão tributária

6. REFERÊNCIAS

ALMAGRO MARTIN, Carmen. *Opciones fiscales en el IRPF*. Granada: Comares, 2005.

FRANCO, Antonio Luciano Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 2.^a ed. Coimbra: (s.e), 1988.

LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes. *A evasão e a fraude fiscais face à teoria da interpretação da lei fiscal*. Revista FISCO, n.º 31, Junho de 1991, p. 15-37.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005.

SANTOS, J. Albano, *Teoria Fiscal*. Lisboa: UTL – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003

XAVIER, Alberto. *O Negócio Indirecto em Direito Fiscal*, Ciência e Técnica Fiscal n.º 147, Março de 1971

CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*

*Pedro T. Nevado-Batalla Moreno***

RESUMEN

En este artículo se analiza la redefinición de la organización pública prestataria de servicios y en concreto de las técnicas organizativas, medios y procedimientos a través de los se desarrolla la gestión pública, con especial énfasis en el concepto de “calidad de los servicios” en el ámbito de la Administración Pública.

Palabras-clave

Administración Pública. Gestión Pública. Calidad de servicios públicos.

RESUMO

Neste artigo, analisa-se a redefinição da organização pública prestadora de serviços e, em concreto, das técnicas organizativas, meios e procedimentos através dos quais se desenvolve a gestão pública, com especial ênfase no conceito de “qualidade dos serviços” no âmbito da Administração Pública.

Palavras-chave

Administração Pública. Gestão Pública. Qualidade dos serviços públicos

1. CONSIDERACIONES PREVIAS. LA NUEVA CULTURA DE GESTIÓN PÚBLICA

Resulta indudable que la organización administrativa y su actividad siempre ha debido ajustarse a un entorno cambiante en ocasiones mucho más dinámico que la iniciativa pública de carácter administrativo. En este sentido, las nuevas demandas de la comunidad frente a las Administraciones, unido al propio desarrollo de la sociedad postindustrial manifestado en prácticas económicas y sociales frente a las que el clásico modelo burocrático administrativo no ha podido rendir para alcanzar los niveles que eran deseables, ha provocado una redefinición de la organización pública prestataria de servicios y en concreto

* Artículo realizado sobre el trabajo “Calidad de los Servicios Públicos” publicado en el Diccionario enciclopédico de Administración Local Madrid. Editorial La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos

** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Salamanca.

de las técnicas organizativas, medios y procedimientos a través de los cuales ha de concretarse su actividad prestacional, o como tradicionalmente se ha venido denominando, su actividad de servicio público y en general de los servicios administrativos que facilitan las Administraciones Públicas. Como no podía ser de otra manera, la acción pública y la estructura que le sostiene no se ha sustraído de hechos tan significativos como los que por ejemplo ha puesto de manifiesto Gaspar Ariño¹: la nueva sociedad de la información, la apertura de la economía mundial (globalización de la economía), la reducción de las distancias, el transporte fácil, la innovación tecnológica y la sofisticación de los servicios, la exigencia de una atención diferenciada y personalizada, la práctica desaparición de la sociedad rural etc. Como atinadamente indica en su Preámbulo el **Decreto 27/1997, de 6 de marzo, por el que se regulan las Cartas de Servicios, los Sistemas de Evaluación de la Calidad y los Premios Anuales a la Excelencia y Calidad del Servicio Público en la Comunidad de Madrid**, *“La reforma y modernización de la Administración Pública (...) constituye un proceso dinámico y de continua adaptación, en sus formas organizativas y funcionales, a las transformaciones sociales, económicas y tecnológicas de su entorno”*.

En definitiva nos encontramos frente a un nuevo planteamiento sobre la gestión de los servicios públicos y, como decimos, de los servicios administrativos en general; debate sobre una nueva “cultura de gestión pública” que sin lugar a dudas se ha convertido en uno de los principales problemas de los países de nuestro entorno al que por supuesto España no ha sido ajena².

Precisamente este debate, pivota sobre un atributo que a los ciudadanos, como receptores de los correspondiente servicios, más interesa: su calidad, la cual se aprecia como un elemento conformador básico de una mentalidad social relativamente novedosa que reorienta la gestión pública a una gestión pública de la calidad. Los poderes públicos ya no sólo se encuentran vinculados

¹ ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Granada: Fundación de Estudios de Regulación-Editorial Comares, 1999. p. 551.

Sobre el cambio experimentado en el campo de las prestaciones de carácter público pueden igualmente consultarse los trabajos de ARIÑO ORTIZ G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ J.M. y MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons – Universidad Autónoma de Madrid, 1997; ARIÑO ORTIZ G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ J.M. y MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L. *La transformación de la gestión pública. Las reformas en los países de la OECD*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1997.

² Proceso cuyo origen, sin perjuicio de otros antecedentes, podemos situar en el impacto de las recomendaciones contenidas en el informe elaborado a finales de los años 80 (1987) por la OCDE “Administration as service, the public as client” cuyo reflejo nacional fue el documento elaborado en 1989 por el Ministerio de Administraciones Públicas “Reflexiones para la modernización del Estado”, continuado por la elaboración de un nuevo marco jurídico (cuya más evidente manifestación fue la LRJPAC) y otras serie de medidas concretas en materia de calidad como el Plan de Modernización de la Administración del Estado (1992-1994) o el Plan de calidad denominado “Observatorio de Calidad de los Servicios Públicos” (1993-1995). Fuera de nuestro entorno continental pero con evidente repercusión en el modelo de Administración que se perfila no puede desconocerse la importancia del denominado “Informe Gore” (“Crear una Administración Pública que funcione mejor y cueste menos”) relativo a la Administración y Gobierno de Estados Unidos. GORE, A. *Crear una Administración Pública que funcione mejor y cueste menos*. Vitoria: IVAP, 1994.

por los correspondientes mandatos que le obliguen a proceder a la tutela de determinados derechos o situaciones de los ciudadanos o garanticen mediante prestaciones materiales concretas las necesidades de éstos, si no que además habrán de hacerlo alcanzado unos resultados de satisfacción óptimos de tal forma que la propia prestación legitime, tal y como veremos más adelante, a la propia Administración prestadora³.

Por tanto podemos afirmar que la calidad se ha convertido en un imperativo dentro del campo de la gestión pública como factor prioritario, ad extra, de la satisfacción de los ciudadanos dentro de una nueva cultura de excelencia con evidentes repercusiones *ad intra* respecto a la organización, procedimientos y actividades de unidades y servicios públicos.

Afirmaciones que si bien ascienden a la práctica totalidad de los diferentes niveles administrativos por cuanto en mayor o menor grado van a ser responsables de la prestación de determinados servicios, alcanza de forma muy especial a la Administración Local por su proximidad a los ciudadanos⁴ y su creciente responsabilidad y protagonismo en el desarrollo del entramado económico de su ámbito territorial de influencia.

2. DETERMINACIÓN Y ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE CALIDAD

Obsérvese que, si analizamos la calidad desde los parámetros de los viejos patrones burocráticos tanto en su aplicación a servicios administrativos como a servicios públicos de carácter material o técnico y especialmente a éstos últimos, su carácter monopolístico y de mínimos, configuran un estrecho espacio en el que pueda encontrar holgado acomodo el concepto que nos ocupa. Evidentemente, aún cuando la prestación de determinados servicios, en concreto aquellos que conllevan el ejercicio de autoridad aún mantengan el rasgo del monopolio público⁵, que duda cabe que la realidad en la prestación de servicios se ha tornado mucho más abierta tomando en consideración aspectos hasta fechas relativamente recientes solo conocidos en el sector privado cuyo sumatorio trae como resultado la buscada calidad en la prestación colmando de forma satisfactoria las necesidades y preferencias de los ciudadanos.

Pues bien, de forma muy sencilla y general, tomando las nociones doctrinalmente más al uso⁶ podemos afirmar que la calidad supone responder de

³ Clarificador y relativamente anticipado a planteamiento en la actualidad totalmente asumidos es el trabajo de GARCÍA ROCA, J. *Público y privado en la acción social*. Madrid: Popular, 1992.

⁴ A mayor abundamiento vid. "Consideraciones sobre la calidad en la Administración Local". FEMP. Grupo de trabajo sobre calidad y modernización de las Administraciones Locales de la Federación Española de Municipios y Provincias. Abril, 1999. Pág. 9.

⁵ Sobre la categorización de servicios, especialmente en el ámbito municipal, resulta muy interesante el análisis que realiza BALLESTEROS FERNÁNDEZ sobre los que denomina servicios públicos esenciales o servicios públicos integrales. BALLESTEROS FERNÁNDEZ. *Manual de Administración Local*. Granada: Comares, 1999.

⁶ Entre otros, GALGANO, A. *Calidad Total*. Madrid: Díaz de Santos, 1993. LÓPEZ, J. y GADEA, A.

forma regular y continua a las necesidades y expectativas de los ciudadanos.

Definición que pese a su aparente simplicidad presenta una mayor complejidad si se reflexiona sobre ella de forma más pausada.

Así, el concepto de calidad de los servicios apuntado, nos lleva en primer lugar a considerar la importancia de la organización pública prestataria de servicios que se trate como responsable de orientar su actividad hacia la satisfacción del ciudadano que es precisamente quien justifica su existencia. Desde esta perspectiva, para cualquier organización compleja y en nuestro caso para la Administración Pública, la calidad por sí misma no es realmente un fin, es un medio para asegurar la propia credibilidad del sistema, su completa y correcta legitimación frente a los ciudadanos como auténtico objetivo.

En definitiva, estamos convirtiendo al concepto calidad de los servicios en un parámetro fundamental de validez de la gestión pública, un medio que llega a condicionar el modo de gestión de los servicios y en definitiva el propio ejercicio de la potestad organizatoria de la Administración, escorando la organización de la gestión y prestación de servicios y sus reglas de ordenación hacia aquellas prácticas gestoras que a priori puedan mutar o adaptarse con mayor facilidad a las nuevas exigencias de los ciudadanos y por tanto proporcionar unas mayores cotas de satisfacción, esto es, de calidad⁷ interesante.

Rasgos de flexibilidad, agilidad de la organización y consecuentemente de su respuesta en relación al servicio que se trate poco conocidos en la tradicional oferta organizativa de carácter administrativo que sí habían sido incorporados con excelentes resultados a la gestión de organizaciones privadas, de ahí que las Administraciones Públicas en general hayan asumido con extrema facilidad y elevada confianza el empleo para su organización y gestión de intereses de las ideas y propuestas incardinadas en torno al concepto de "Calidad Total" o cualquiera de sus variantes de gestión de la calidad⁸. Fenómeno en cuya etiología

Servir al ciudadano. Gestión de la calidad en la Administración Pública. Barcelona: Gestión 2000, 1995. MUÑOZ MACHADO, A. *La gestión de la calidad total en la Administración Pública.* Madrid: Díaz de Santos, 1999. SANCHO ROJO, D.: *Gestión de servicios públicos: estrategias de marketing y calidad.* Madrid: Tecnos – Universidad Pompeu Fabra, 1999. SENLE, A. y VILAR J. *ISO 9000 en empresas de servicios.* Barcelona: Gestión 2000, 1996.

⁷ Resultan tremendamente significativos algunos de los párrafos del Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de julio de 1998 para promover la implantación de un sistema de evaluación del rendimiento (BOE nº 188 de 7 de agosto de 1998) entre los que reproducimos el siguiente: "...Es preciso que se extienda a toda la Administración la utilización de técnicas gerenciales con las que se mejoren los procesos de toma de decisiones y, en definitiva, se haga más eficiente la gestión de los recursos públicos".

⁸ Entre las herramientas de gestión de calidad de mayor aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas pueden destacarse:

- Análisis DAFO
- Diagrama de Flujos
- Brainstorming
- Técnica de Grupo Nominal
- Análisis de Pareto
- Diagrama de Causa-Efecto ó de Ishikawa
- Matriz de Selección

también puede encontrarse las propias demandas de los ciudadanos solicitando a las Administraciones el uso de métodos y técnicas de beneficioso empleo en el sector privado debido a los relativamente decepcionantes resultados obtenidos por aquellas a través de las fórmulas tradicionales.

Quizás, una de las mayores reservas que ofrecen este tipo de planteamientos se ha producido al constatarse en la vida pública cómo la búsqueda de la calidad se enlaza cada vez con mayor facilidad al empleo de reglas y formas organizativas de la gestión empresarial asentadas en el derecho privado en un fenómeno identificado y extensamente estudiado por la doctrina como la huída del Derecho Administrativo, apreciándose en este campo que el peligro más evidente y preocupante es que se aminore o incluso llegue a difuminarse la vigencia del principio de legalidad en la actuación administrativa desbordando, como atinadamente indica Miguez Macho, las posibilidades normales del control de legalidad⁹.

Reconociendo la extensa y profunda colonización de las estrategias de gestión de la calidad en el ámbito de las Administración Pública, y admitiendo en general sus indudables buenos resultados, tampoco puede olvidarse que el cumplimiento de la legalidad administrativa esto es, las reglas positivas y condicionantes de funcionamiento y organización administrativa también fomentan y son garantes de la calidad de los servicios. Hablar, entre otros principios recogidos en nuestro sistema jurídico-administrativo, de economía; suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales; simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos; eficacia en el cumplimiento de objetivos, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos que precisamente proceden de la sociedad; objetividad y transparencia; cooperación y coordinación; etc, nos trasladan a un proceder, a una estructura, a principios para la calidad¹⁰.

En este sentido, una mínima prueba de lo que queremos decir la podemos obtener del inevitable nexo entre el principio de eficacia y la calidad

- Benchmarking
 - Indicadores básicos de gestión
 - Matriz de Crecimiento de Mercado-Participación de Mercado Sobre dichos sistemas pueden consultarse, entre otros, los trabajos de MUÑOZ MACHADO, A. op. cit. SANCHO ROJO, D. op. cit. Una visión y opinión muy significativa debido a la experiencia sobre la materia de quien la manifiesta se encuentra en el artículo de CARBALLO LÓPEZ, J.R. *¿Calidad Total en la Administración Pública?*. Forum Calidad. 115/00. En el ámbito de la Administración General del Estado puede consultarse el documento elaborado por el MAP "Modelo de E.F.Q.M. de excelencia aplicado a la Administración Pública" y la "Guía para la Gestión de Calidad en la Administración Pública. Adaptación de la norma ISO 9004.2". Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid. Para la Administración Local se recomienda la lectura del documento de trabajo "Consideraciones sobre la calidad en la Administración Local". op. cit. Igualmente resulta muy ilustrativa la "Guía de autoevaluación para la Administración Pública". Ministerio de Administraciones Públicas. Ministerio de la Presidencia. B.O.E. 2ª edición. Madrid, 2000.

⁹ MIGUEZ MACHO, L. *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. Barcelona: Cedecs, 1999. p. 226.

¹⁰ Sin ánimo de exhaustividad pueden citarse los artículos, 31.2 y 103.1 CE, artículo 3 LRJPA, artículo 3 LOFAGE y artículos 6.1, 27.1 y 55 LBRL.

de la prestación, entendiendo por eficacia, tal y como hemos afirmado en otras ocasiones¹¹ el nivel de objetivos alcanzado en el bien entendido que ese grado de consecución ha de ser óptimo. Obviamente, desde la perspectiva del ciudadano sus expectativas y demanda de satisfacción de necesidades deben encontrar acomodo entre esos objetivos, sintonía y correcto alcance que supondrá una prestación eficaz y de calidad. Apoyo conceptual del que se deducen, a mayor abundamiento, dos criterios que habrán de ayudar a calificar una actuación administrativa como eficaz o no, entroncando directamente con la noción de calidad y su verificación:

- Cumplimiento de los objetivos previamente fijados a través de la correspondiente planificación.

- Prestación de los servicios con unos índices de calidad óptimos.

Pero aún hay más ya que si tomamos otras perspectivas normativas de gran impacto en la prestación de servicios como por ejemplo el régimen de contratación, podemos extraer previsiones que vuelven a situarnos palmariamente en el campo de la calidad como por ejemplo la obligación general del contratista de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas específicamente en los pliegos de prescripciones técnicas, generales o particulares como cláusulas tipo de garantía de calidad¹².

Hemos de concluir pues, que tanto la aplicación de técnicas de gestión de calidad como el elemental cumplimiento de mandatos normativos relacionados con la organización y el funcionamiento de la Administración son caras de una misma moneda que trata de alcanzar, a través de la calidad de los servicios, la legitimidad de la actividad pública y aumentar el grado de confianza de los ciudadanos en aquella.

Como segunda consecuencia del concepto de calidad referenciado, hemos de apuntar que si la calidad es un factor prioritario de la satisfacción del usuario, será el propio ciudadano quien condicione o incluso llegue a determinar las bases de la calidad por cuanto será su percepción de los servicios recibidos la que determine en qué umbral o nivel de calidad debe ubicarse la prestación recibida. Y es que el servicio no puede ser entendido sin la participación simultánea de quien lo recibe y quien lo presta, siendo el receptor, como usuario del mismo, el que debe ocupar una posición a la hora de fijar los atributos de la prestación.

Participación ciudadana que no se circunscribe de forma exclusiva a este ámbito si no que debe ser entendida en un contexto más amplio de intención política, reconsiderando las relaciones de los Poderes Públicos con los ciudadanos, y mayor rendimiento de la cláusula del estado democrático.

¹¹ NEVADO-BATALLA MORENO, P.T. *Notas sobre Derecho Administrativo I*. Salamanca: RATIO-LEGIS, 2000. p. 90.

¹² Artículo 161 a) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Retomado de nuevo el objeto de análisis, se comprende cómo desde esta perspectiva resultan piedras angulares de cualquier modelo de calidad en el ámbito público, conocer, comprender y satisfacer las necesidades y expectativas de los ciudadanos, además de reconocer y aceptar su participación en la gestión a través de los representantes de sus intereses sociales o económicos. Implicación de los ciudadanos que reflejada de forma sucinta no excluye otras variantes a través de las que se verifique su protagonismo en el sistema¹³.

En tercer y último lugar debemos situarnos ante la ciertamente relevante compromiso del personal prestador del servicio hacia éste y, consecuentemente, su rendimiento. Perspectiva que nos ofrece un nuevo campo de visión como es la planificación, gestión y mejora de los recursos humanos, cuestión que si bien no se entra a analizar, debemos al menos referenciar su importancia¹⁴.

3. FACTORES DETERMINANTES DE LA CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

A la vista de las consideraciones expuestas y sin perjuicio de los matices propios de cada servicio, contando con la gran ventaja de tener identificados a los usuarios o beneficiarios de las prestaciones, los ciudadanos¹⁵, cuya satisfacción es el eje sobre que pivota la pretendida calidad, podemos apuntar una serie de factores parciales de calidad cuya convergencia puede llegar a determinar la calidad global en la prestación del servicio¹⁶ en la medida que además son elementos de percepción para aquellos.

Sin ánimo de exhaustividad, referenciando sólo aquellos que entendemos como de orden superior y sin mayor especificación, podemos tratar de sintetizar una serie de indicadores o valores objetivos y normalmente homogéneos de calidad. A saber:

a) Desde el punto de vista de la imagen general de la organización administrativa que acoge el servicio:

- Información, dirigida tanto al personal del servicio como a los ciudadanos beneficiarios o receptores del mismo en el sentido de contar con su comprensión y apoyo, lo cual redundará en la vigencia del principio de transparencia administrativa.

¹³ Vid. a título de ejemplo: Subcriterio 1.c) y Criterio 8 (Resultados en la Sociedad) del Modelo E.F.Q.M. de Excelencia aplicado a la Administración Pública.

¹⁴ Vid. Criterios 3 y 7 (Personas y Resultados en las personas) del Modelo E.F.Q.M. de Excelencia aplicado a la Administración Pública.

¹⁵ Obviamos, por las evidentes limitaciones de este trabajo, el debate existente en relación a qué consideración debe recibir el ciudadano frente a los servicios prestados por la Administración. Sobre el particular se recomienda la clarificadora lectura del punto VII del informe "Consideraciones sobre la calidad en la Administración Local". Op. cit. Pág. 18 a 23.

¹⁶ Sobre los factores de calidad resulta de gran utilidad el listado y correspondiente análisis que realiza SANCHO ROYO. op. cit. p. 157 a 159. Igualmente puede consultarse el Criterio 6 (Resultados en los clientes) del Modelo E.F.Q.M. de Excelencia aplicado a la Administración Pública.

- Accesibilidad al servicio, facilitada por los niveles de información descritos además de favorecida por una mayor comodidad de horarios, formas de comunicación y adaptación a las necesidades del ciudadano.

- Estructura organizativa flexible, con capacidad de adaptarse al entorno, dar respuestas satisfactorias a las demandas sociales e incluso anticiparse a ellas.

- Evaluación (periódica) del servicio, tratando de buscar su mejora continua.

b) Desde el punto de vista de la prestación del servicio:

- Prestación, rápida, segura y satisfactoria.

- Compromisos de calidad.

c) Desde el punto de vista de apoyo y atención en la prestación del servicio por parte de los operadores públicos.

- Integración del concepto calidad y filosofía vinculada en la programación de la burocracia política de la Administración que se trate.

- Solvencia profesional del personal responsable de la prestación del servicio por cuanto los recursos humanos son el elemento básico de cualquier sistema de calidad.

Capacidad de los servidores públicos que desde parámetros de calidad en sentido estricto es solicitada por la CEAL¹⁷.

- Proximidad.

- Motivación y compromiso del personal responsable de la prestación del servicio.

- Establecimiento de mecanismos de respuesta frente a supuestos de incumplimiento y exigencia de responsabilidad.

d) Desde el punto de vista del colectivo al que se dirige el servicio:

- Fidelidad y confianza en la utilización del servicio.

Postulados que, en mayor o menor grado, encuentran su plasmación, cristalización positiva más evidente, a través de las denominadas Cartas de Servicios¹⁸

¹⁷ Artículo 6.2, el cual dispone: *El Estatuto del personal de las Entidades Locales debe permitir una selección de calidad, fundamentado en los principios de mérito y capacidad...*

¹⁸ En el ámbito de la Administración General del Estado fue publicado el Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado. Norma completada por las órdenes de 27 de julio de 2001 por las que se convocan los premios a las mejores prácticas y a la calidad en la Administración General del Estado para el año 2001. Dicho decreto fue derogado por el Real decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado. Norma que integra las cartas de servicio, en un contexto de calidad mucho más amplio compuesto por los siguientes programas: Los programas de calidad que integran el marco son los siguientes:

a) Programa de análisis de la demanda y de evaluación de satisfacción de los usuarios de los servicios.

elaboradas por algunas Administraciones¹⁹, las cuales son concebidas como documentos en los que además de informar sobre los servicios que se trate, formalizan un compromiso de prestar el servicio en el marco de unos objetivos previamente fijados de acuerdo a unos indicadores de calidad en su mayoría cuantificables; en este sentido las normas marco sobre Cartas de Servicio, pese a situarse aún en parámetros de generalidad, desciende desde los grandes indicadores sobre calidad hasta relacionar una serie de criterios concretos reforzados por un sistema de evaluación. Tomando como referente el artículo 9 del Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, las Cartas de Servicio se estructurarán de forma clara, sencilla y comprensible para los ciudadanos, a través de los siguientes contenidos:

a) De carácter general y legal:

- 1.º Datos identificativos y fines del órgano u organismo.
- 2.º Principales servicios que presta.
- 3.º Derechos concretos de los ciudadanos y usuarios en relación con los servicios.
- 4.º Fórmulas de colaboración o participación de los usuarios en la mejora de los servicios.
- 5.º Relación sucinta y actualizada de la normativa reguladora de las principales prestaciones y servicios.
- 6.º Acceso al sistema de quejas y sugerencias regulado en el capítulo IV.

b) De compromisos de calidad:

- 1.º Niveles o estándares de calidad que se ofrecen y, en todo caso:
 - Plazos previstos para la tramitación de los procedimientos, así como, en su caso, para la prestación de los servicios.
 - Mecanismos de información y comunicación disponibles, ya sea general o personalizada.
 - Horarios, lugares y canales de atención al público.
- 2.º Medidas que aseguren la igualdad de género, que faciliten al acceso al servicio y que mejoren las condiciones de la prestación.

b) Programa de cartas de servicios.

c) Programa de quejas y sugerencias.

d) Programa de evaluación de la calidad de las organizaciones.

e) Programa de reconocimiento.

f) Programa del observatorio de la calidad de los servicios públicos.

¹⁹ El desarrollo de Cartas de Servicio es una de las recomendaciones que la FEMP ha realizado para mejorar la calidad de los servicios cuya responsabilidad recae sobre las Corporaciones Locales. . "Consideraciones sobre la calidad en la Administración Local". op. cit. p. 40 y 41.

3.º Sistemas normalizados de gestión de la calidad, medio ambiente y prevención de riesgos laborales con los que, en su caso, cuente la organización.

4.º Indicadores utilizados para la evaluación de la calidad y específicamente para el seguimiento de los compromisos.

c) Medidas de subsanación en caso de incumplimiento de los compromisos declarados, acordes con el contenido y régimen jurídico de prestación del servicio, debiendo señalarse expresamente el modo de formular las reclamaciones por incumplimiento de los compromisos, cuyo reconocimiento corresponderá al titular del órgano u organismo al que se refiera la carta, y que en ningún caso darán lugar a responsabilidad patrimonial por parte de la Administración.

d) De carácter complementario:

1.º Direcciones telefónicas, telemáticas y postales de todas las oficinas donde se prestan cada uno de los servicios, indicando claramente para las terceras la forma de acceso y los medios de transporte público.

2.º Dirección postal, telefónica y telemática de la unidad operativa responsable para todo lo relacionado con la carta de servicios, incluidas las reclamaciones por incumplimiento de los compromisos.

Tanto en servicios administrativos como en servicios de carácter material o técnico las Cartas no solo alcanzan el objetivo de establecer concretas obligaciones y niveles mínimos de calidad en la prestación del servicio si no que suponen un importante avance para mejorar la accesibilidad del servicio a los ciudadanos a través de una información clara, precisa y sencilla muy alejada de la tradicional normativa reglamentaria ordenadora del servicio en muchos casos ajena y a veces hasta desconocida por el usuario. Y es que, junto a este efecto distanciador, esta ordenación de carácter reglamentario difuminaba la posible responsabilidad de los gestores u operadores públicos implicados en un supuesto de prestación deficiente del servicio, extremo que de acuerdo al nuevo marco normativo se clarifica posibilitando la delimitación de responsabilidad.

4. VALORACIÓN DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS.

Puede constarse de forma prácticamente indiscutible que cualquier actuación pública o privada de mejora o excelencia debe traer su causa en una evaluación integral del servicio al que dirigamos nuestra atención. La calidad del servicio estará determinada por el análisis comparado entre los resultados u objetivos deseados por la organización pública prestadora de servicios, los que esperan los usuarios y aquellos realmente conseguidos. De forma más sencilla: verificar a través de la práctica si la prestación del servicio se realiza correctamente.

Ubicados en el ámbito público, tal y como hemos podido indicar líneas atrás, un primer indicador de la calidad de los servicios vendría manifestado por

la propia vigencia del principio de legalidad y su rendimiento habida cuenta que la legalidad administrativa, tal y como hemos indicado, en la medida que atiende de forma prioritaria al interés general, el interés de todos los ciudadanos, integra sin dificultad el concepto de calidad. No obstante, sin renunciar a solicitar el examen de vigencia del principio de legalidad como base de partida, máxime por el carácter público de los servicios que nos ocupan, no parece ser esta la orientación más ajustada con los postulados expuestos hasta el momento por cuanto la valoración de la calidad desde la perspectiva del control ejercido fundamentalmente en sede jurisdiccional no ha encontrado hasta la fecha una atención directa sino más bien basada en diferentes manifestaciones de falta de calidad como la interrupción del servicio, dificultades en el acceso, incorrecta prestación, dilaciones o demoras etc. reconducidas fundamentalmente al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración²⁰. Principios que si bien parecen orientarse en una primera percepción del mismos hacia los servicios de carácter material o técnico son igualmente aplicables a los servicios de carácter administrativo los cuales, además de disponer de principios orientadores específicos como la mejora de la regulación o la simplificación de procedimientos, cuentan con mandatos normativos específicos sobre ordenación, sustanciación de procedimientos y proceder en relación a otras administraciones cuyo respeto y cumplimiento, además de resultar obligado por vigencia del principio de legalidad en toda actuación pública, redundará de forma altamente positiva en la percepción que de los mismos se tenga por los ciudadanos interesados²¹.

A la hora de hablar de valoración de la calidad de los servicios la información procederá, en sintonía con lo considerado líneas atrás, del análisis de los indicadores de calidad previamente establecidos, identificando los factores causantes de la mala calidad y en consecuencia, proceder a su corrección. Proceso en el que obviamente no puede soslayarse la posición del ciudadano materializándose una importante

²⁰ Podemos destacar, entre otras, la STS de 17 de mayo de 2001, Ponente Álvarez-Cienfuegos (El Derecho 2001/9703) relativa a lesiones sufridas por una caída provocada por la deficiente iluminación de la vía pública. STS de 3 de abril de 2001, Ponente Mateos García (El Derecho 2001/9520) relativa a los daños padecidos por deficiencias en la red de alcantarillado. STS de 8 de marzo de 1999, Ponente Martín González (El Derecho 1999/2480) sobre daños y perjuicios ocasionados por la paralización y supresión de una línea de autobuses. STS de 27 de octubre de 2000, Ponente García Vicario (El Derecho 2000/44584) sobre deficiente prestación del servicio de suministro de agua. STSJ País Vasco de 13 de abril de 2000, Ponente Alberdi Larizgoitia (El Derecho 2000/29478) sobre lesiones sufridas a consecuencia del funcionamiento del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria. STSJ País Vasco de 31 de marzo de 2000, Ponente Ibarra Robles (El Derecho 2000/29474) sobre daños sufridos por el deficiente estado de conservación de un elemento de la infraestructura puesta a disposición de los usuarios del servicio público.

²¹ A título meramente ejemplificativo baste pensar en la obligación de las Administraciones de resolver expresamente los procedimientos iniciados y frente a dicho deber la erosión producida por el relativamente extendido empleo de la técnica del silencio administrativo, sin lugar a duda índice inequívoco de una actuación de escasa o nula calidad. En otro orden más general cabe apuntar la escasa vigencia del principio de coordinación cuyo rendimiento suele tener como resultado una prestación más eficaz y eficiente, esto es, de calidad; paradigmático resultan los programas de "Ventanilla Única" o "Ventanilla Única Empresarial".

aplicación del principio de participación por cuanto los resultados obtenidos deberán ser acordes con las expectativas de la sociedad.

Desde la totalidad de administraciones sensibilizadas por la mejora de los servicios se han promovido el uso de diferentes modelos de evaluación como un elemento clave del sistema de gestión de calidad²², resultando destacable que en la evolución de dichos modelos se hayan establecido metodologías que permiten una valoración cuantificable del grado de aproximación al umbral de calidad prefijado a través de un indicador global de calidad (IGC)²³.

Evaluación que habrá de comprender también el examen de los logros obtenidos por la organización administrativa desde una perspectiva doméstica; esto es, cumplimiento del presupuesto, superávit o déficit, resultados obtenidos, cumplimiento de plazos, rendimiento, innovación y mejoras etc.²⁴.

Teniendo presente lo expuesto, la evaluación condensa cuatro factores fundamentales:

- Diagnóstico de la situación del servicio.
- Participación ciudadana trasladando su percepción del servicio.
- Análisis de los resultados obtenidos.
- Corrección de errores y deficiencias.

En conjunto el objetivo es que la Administración conozca cuál es su situación y la realidad de sus órganos prestadores de servicios, registrando sus

²² Vid. Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de julio de 1998 para promover la implantación de un sistema de evaluación del rendimiento (BOE nº 188 de 7 de agosto de 1998).

²³ Dentro del amplio catálogo de metodologías y protocolos de evaluación, a título meramente ejemplificativo, resulta paradigmático el establecido por el modelo europeo de gestión de la calidad (EFQM) cuya aplicación con matices se realiza al sector público pese a su orientación esencialmente empresarial. El modelo se basa en nueve elementos parciales que con diferente ponderación contribuyen a la calidad de la organización :

- Satisfacción del usuario: 20%
- Resultados del negocio: 15%
- Procesos: 14%
- Liderazgo: 10%
- Gestión de personal: 9%
- Recursos: 9%
- Satisfacción del personal: 9%
- Política y estrategia: 8%
- Impacto social: 6%

En definitiva se trata de cuantificar la diferencia entre la situación real y los objetivos planificados.

Sobre la evaluación de la calidad en el ámbito público se recomienda la lectura del trabajo coordinado por TRINIDAD REQUENA, A. *Evaluación y calidad en las organizaciones públicas*. Madrid: INAP, 2000.

También puede consultarse la obra de ALVIRA, F. *Metodología de la evaluación de programas públicos*. Madrid: CIS, 1991.

²⁴ Vid. Criterio 9 (Resultados clave) del Modelo E.F.Q.M. de Excelencia aplicado a la Administración Pública.

puntos fuertes al objeto de aprovecharlos y potenciarlos junto a la detección de sus deficiencias con la finalidad de proponer las medidas correctoras que se consideren oportunas; evaluación sistemática y periódica que proporciona al sistema de calidad elegido el dinamismo que requiere la exigencia de mejora continua del servicio incrementándose progresivamente su calidad. Se advierte por tanto que los conceptos de evaluación del servicio y mejora del mismo son complementarios sin que puede entenderse uno sin la existencia del otro.

5. REFERENCIAS

- ALVIRA, F. *Metodología de la evaluación de programas públicos*. Madrid: CIS, 1991.
- ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Granada: Fundación de Estudios de Regulación-Editorial Comares, 1999.
- ARIÑO ORTIZ G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ J.M. y MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons – Universidad Autónoma de Madrid, 1997.
- ARIÑO ORTIZ G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ J.M. y MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L. *La transformación de la gestión pública. Las reformas en los países de la OCD*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1997.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ. *Manual de Administración Local*. Granada: Comares, 1999.
- CARBALLO LÓPEZ, J.R. *¿Calidad Total en la Administración Pública?*. Forum Calidad. 115/00.
- ESPAÑA. Ministerio de Administraciones Públicas. *Modelo de E.F.Q.M. de excelencia aplicado a la Administración Pública*. Madrid (s.d).
- _____. *Guía para la Gestión de Calidad en la Administración Pública. Adaptación de la norma ISO 9004.2*. Madrid: (s.d).
- _____. *Consideraciones sobre la calidad en la Administración Local*. Madrid (s.d.).
- _____. *Guía de autoevaluación para la Administración Pública*. 2. ed. Madrid. 2000.
- FEMP. *Consideraciones sobre la calidad en la Administración Local*. Madrid: Grupo de trabajo sobre calidad y modernización de las Administraciones Locales de la Federación Española de Municipios y Provincias. abril, 1999.
- GALGANO, A. *Calidad Total*. Madrid: Díaz de Santos, 1993.
- GARCÍA ROCA, J. *Público y privado en la acción social*. Madrid: Popular, 1992.
- GORE, A. *Crear una Administración Pública que funcione mejor y cueste menos*. Vitoria: IVAP, 1994.
- LÓPEZ, J. y GADEA, A. *Servir al ciudadano. Gestión de la calidad en la Administración*

Pública. Barcelona: Gestión 2000, 1995.

MIGUEZ MACHO, L. *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. Barcelona: Cedecs, 1999. p. 226.

MUÑOZ MACHADO, A. *La gestión de la calidad total en la Administración Pública*. Madrid: Díaz de Santos, 1999.

NEVADO-BATALLA MORENO, P.T. *Notas sobre Derecho Administrativo I*. Salamanca: Ratio-Legis, 2000.

SANCHO ROJO, D.: *Gestión de servicios públicos: estrategias de marketing y calidad*. Madrid: Tecnos – Universidad Pompeu Fabra, 1999.

SENLE, A. y VILAR J. *ISO 9000 en empresas de servicios*. Barcelona: Gestión 2000, 1996.

TRINIDAD REQUENA, A. *Evaluación y calidad en las organizaciones públicas*. Madrid: INAP, 2000.



NOTAS Y COMENTARIOS SOBRE EL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO*

*Regis Frota Araujo***

RESUMEN

El presente artículo objetiva analizar la contribución del Código Procesal Constitucional adoptado en el Perú, desde primero de diciembre de 2004, y las relaciones existentes con la doctrina del Derecho Procesal Constitucional

Palabras-clave

Código Procesal Constitucional peruano. Ley n. 28237. Derecho Procesal Constitucional

RESUMO

O presente artigo visa analisar a contribuição pioneira do Código Processual Constitucional, adotado no Peru, desde primeiro de dezembro de 2004 e as relações existentes com a doutrina do Direito Processual Constitucional.

Palavras-chave

Código Processual Constitucional Peruano. Lei n. 28.237. Direito Processual Constitucional.

1. INTRODUCCIÓN

Al participar en el “Seminario Internacional sobre Proceso Constitucional” en Santiago de Chile, en mes de julio del 2004, tuve la grata satisfacción de asistir a una conferencia sobre el Código Procesal Constitucional peruano –de ahora en adelante CPC–, publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 31 de mayo de 2004¹.

* Traducción del portugués por Domingo García Belaunde.

** Profesor Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Presidente de la Asociación Ibero-americana de Derecho Constitucional Económico – AIADCE. Profesor Doctor de Derecho Constitucional de la Universidade Federal do Ceará.

¹ PERU. *Código Procesal Constitucional*. Edición Oficial 2004.

Mi intención al preparar este artículo se dirige, lógicamente, a esbozar una contribución informativa para los lectores brasileños, sobre un código procesal en el territorio del Derecho Constitucional, teniendo a la vista la relevante importancia de códigos procesales de otras disciplinas, como por ejemplo, las codificaciones civil y militar, además de la laboral y tributaria en el Brasil.

Al final, conforme lo puso de relieve el Presidente del Instituto Iberoamericano del Derecho Procesal Constitucional, el argentino Néstor Pedro Sagüés, en el mensaje remitido al mencionado Seminario Internacional realizado en Santiago de Chile, se deben resaltar los nuevos enfoques conceptuales y hacer efectivamente una fuerte caracterización del Derecho Procesal Constitucional a principios del siglo XXI.

2. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

La aprobación por el Congreso del Perú de un Código Procesal Constitucional constituye efectivamente una innovación en América Latina, por diversas razones.

La primera de ellas se refiere al hecho de que el Tribunal Constitucional, que antes ejercía una supervisión de la Constitución muchas veces con base en los procedimientos y procesos privatísticos o penalistas, cuenta ahora con una norma procesal verdaderamente constitucional. Con la anterior situación era necesario, para el ejercicio efectivo y concreto de una jurisdicción constitucional, pasar a contar con una procesalística constitucional y de naturaleza específicamente procedimental.

Otras razones se relacionan con la posibilidad de una codificación procesal constitucional que contribuya al desenvolvimiento jurisprudencial de concreciones de principio y constitucionalidad que sean contemporáneas.

Ahora la disciplina jurídica del Derecho Procesal Constitucional, o sea aquella que hace una reflexión cuidadosa de los aspectos procesales contenidos en las constituciones actuales y vigentes, que analiza la relación existente entre proceso y Constitución, teniendo posteriormente unas consideraciones al respecto sobre principios procesales constitucionales, con especial destaque para la regla del “debido proceso legal” y sus desdoblamientos, mucho se beneficia con la existencia de un código procesal constitucional que entrará en vigencia en diciembre próximo, posibilitando así una profundización de nuevas experiencias jurisprudenciales.

3. COMENTARIOS INICIALES A LA LEY N.º 28237, DEL 31 DE MAYO DE 2004.

El Código Procesal Constitucional del Perú corresponde a la Ley N.º 28237, fue publicada el 31 de mayo de 2004, y merecerá nuestros siguientes comentarios.

En efecto, con la estructura de una norma procedimental en el área de la práctica constitucional de las acciones y de la jurisdicción, se construye un verdadero proceso constitucional, como instrumento de una jurisdicción verdaderamente constitucional; ello, en un intento de reglamentación de la Constitución de 1993, especialmente el Título V de la Carta política de ese país (que se refiere a las “Garantías Constitucionales”) y el artículo 200, lo que significa decir que abarca las acciones de hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data, acción de inconstitucionalidad, acción popular y acción de cumplimiento. Además, el propio artículo I del mencionado Código (que forma parte del Título Preliminar), resalta que tales acciones están previstas en los artículos 200 y 202, inciso 3 de la Constitución peruana, pero que tales *acciones* son transformadas aquí en *procesos*.

Así, señala textualmente el artículo 200 de la Constitución peruana vigente²:

Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Habeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte d cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por arte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.
3. La Acción de Habeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2 , inciso 5 y 6 de la Constitución.
4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.
5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen
6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier

² PERU. *Constitución Política del Perú*. Edición Oficial 1998.

autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una Ley Orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción al que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano, jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio

3.1. De la vigencia del Código Procesal Constitucional

Conviene resaltar que el texto original del Código Procesal Constitucional fue fruto de un anteproyecto de ley, elaborado por un conjunto de profesores universitarios (de Derecho procesal y constitucional) que se reunió en la ciudad de Lima, capital del país, en forma amistosa y con dedicación de muchos años, hasta encontrar las condiciones objetivas para que sea apreciado debidamente y fue así que se inició su tramitación en el Congreso Nacional, sobre la base y por iniciativa de una propuesta multipartidaria de congresistas de diversas bancadas políticas.

Después de aprobado por el Congreso peruano, observando básicamente el texto original preparado por los profesores que la redactaron, entre ellos, Domingo García Belaunde y Francisco José Eguiguren Praeli, el texto del Código Procesal Constitucional se mostró técnicamente depurado y doctrinariamente pionero en términos de América Latina, como lo señalé al iniciar este trabajo. Como se puede ver, existió una feliz conjunción de factores favorables a la aprobación del mencionado Código Procesal Constitucional.

Es grande, por tanto, la expectativa de la comunidad iberoamericana acerca de la efectividad de esta nueva norma procesal, así como del grado de recepción de los operadores del Derecho de una codificación procesal constitucional que ayudará mucho en la aplicación y operatividad de la norma constitucional sustantiva; asimismo, que ampliará los principios axiológicos del nuevo constitucionalismo.

3.2. Sobre el Título Preliminar del Código.

Compuesto de nueve artículos, el Título Preliminar del Código de procesos constitucionales del Perú, describe los alcances, las finalidades de los procesos constitucionales, los órganos competentes, la interpretación de los derechos constitucionales, el control difuso y la interpretación constitucional, el precedente, consideraciones sobre el juez y el Derecho, así como la aplicación

supletoria y la integración en los casos de laguna o defectos del Código.

Son, como se ve, normas generales y definiciones de los principios generales del proceso constitucional, contenidos desde el inicio de la mencionada legislación, con la finalidad de esclarecer y ayudar legalmente a su aplicación.

En este sentido, por ejemplo, el artículo IX del Título Preliminar, establece que en caso de vacío del CPC, serán de aplicación supletoria los códigos procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan la finalidad de los procesos constitucionales y ayuden a su mejor desarrollo. Ocurre aquí algo similar al caso de las aplicaciones subsidiarias del Código Procesal Civil brasileño de 1973, de las normas procesales laborales y del compendio de leyes laborales (CLT), que regulan el Derecho Procesal Laboral brasileño.

De igual forma, nos llama especialmente la atención el artículo II del mencionado Título Preliminar, el cual declara textualmente que “Son fines esenciales de los procesos constitucionales, garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

Es verdaderamente toda una teorización constitucional de la primacía de la norma constitucional, elaborada ya desde los tiempos inmemorables y gloriosos de la Corte Suprema norteamericana, cuando su presidente, el Juez Marshall, enseñó ejemplarmente a principios del siglo XIX la fuerza de la norma constitucional suprema, que se ve acogida por la novel codificación adjetiva constitucional.

O, como diría García de Enterría, el Tribunal Constitucional –órgano titular de la jurisdicción constitucional– es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo americano y reelaborada en la segunda década del siglo XX por uno de los mejores juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida, es que la Constitución es una norma jurídica y no cualquiera otra, siendo la primera entre todas, una *Lex Legum*, esto es, aquella que fundamenta los valores supremos de un ordenamiento, y cuya supremacía es capaz de exigir cuentas y erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema. Exactamente como establece el artículo 2 del mencionado Título Preliminar.

3.3. Disposiciones generales de los procesos de hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y cumplimiento

Veinticuatro artículos constan en el Título Primero del Código bajo examen, señalando las Disposiciones Generales de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, que estos tienen por finalidad “proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas a su estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o administrativo”, en los términos del artículo 1.

La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público está

a cargo de un Procurador Público o el respectivo representante legal, quien deberá ser notificado con la demanda judicial en los procesos de hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento, aun cuando su no participación no afecte la validez de éstos (artículo 7). Tanto las instituciones públicas con estatus constitucional, como las entidades que tengan personalidad jurídica propia, actuarán directamente, sin la intervención del Procurador Público.

Por otro lado, sólo hace cosa juzgada en los procesos constitucionales la decisión final que se pronuncia sobre el contenido de la demanda. Al igual que el Mandato de Seguridad brasileño, que exige prueba preconstituida, en los procesos constitucionales peruanos no existe etapa aprobatoria. La ausencia de ésta, a tenor de lo expuesto en el artículo 9 del Título I, conduce a que solamente sean procedentes los medios probatorios que no requieran actuación, aunque nada impide la realización de actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la realización del proceso y sin que en este último caso se requiera notificación previa.

Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales y la responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de éstos, será exigida y sancionada por los órganos competentes, de donde se concluye que la tramitación de los procesos constitucionales es preferente (artículo 13) a las tramitaciones civiles y penales.

En esta parte del Código Procesal Constitucional peruano se establece también regulaciones sobre las medidas cautelares –posibilidad de concesión y extinción de las mismas, en los términos de los artículos 15 y 16 de dicho Código– y las sentencias que resuelven tales procesos, todas debidamente fundamentadas a tenor del artículo 17.

Queda establecido que “contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, cabe recurso de apelación ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de 10 días” (artículo 18), procediendo igualmente, contra la resolución que deniega este recurso, y en este caso se interpondrá directamente un recurso ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de 5 días siguientes a la notificación de la denegatoria (artículo 19). El Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el recurso interpuesto dentro de los 20 días, si se tratase de resolución denegatoria en un proceso de hábeas corpus, y de 30 días si lo fuese en los procesos de amparo, cumplimiento y de hábeas data.

A continuación van las disposiciones generales de los procesos de hábeas corpus, hábeas data, amparo y de cumplimiento. Ellas se refieren a la incorporación de medios probatorios sobre hechos nuevos al proceso (artículo 21), a la actuación de sentencias (artículo 22) –donde se determina que la sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata–, para al final regular la procedencia de los procesos constitucionales durante los regímenes de excepción (artículo 23), precisando

que “la suspensión de los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el Decreto que declara el régimen de excepción”.

El último artículo de este Título I –artículo 24– prevé el agotamiento de la jurisdicción nacional; así, establece que la resolución del Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre el fondo de la demanda agota la jurisdicción interna.

A partir del Título II, el Código Procesal Constitucional peruano se articula en capítulos. En un primer momento (capítulo I) define los derechos protegidos por cada uno de los procesos constitucionales, y en un segundo momento (capítulo II) establece las normas de procedimiento relativas a cada uno de los específicos procesos constitucionales. Es así que en los artículos 25 al 74 son adoptadas las reglas procedimentales relativas a los procesos constitucionales de hábeas corpus y de amparo (Título III), y son definidos los derechos propios de estos dos procesos (del artículo 25 al 60). Por su parte, los Títulos IV y V están reservados para regular los procesos constitucionales de hábeas data (artículo 61 a 64) y de cumplimiento (artículos 65 a 74).

3.4. Disposiciones generales de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad

Las disposiciones generales sobre los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen como finalidad la defensa de la Constitución frente a las infracciones contra la jerarquía normativa directa o indirecta de carácter total o parcial, tanto por su contenido como por su forma. Asimismo, por contrariar el artículo 106 de la Constitución peruana (sobre las Leyes Orgánicas), se puede demandar la inconstitucionalidad total o parcial de un decreto legislativo, decreto de urgencia o de una ley que no haya sido aprobada como Ley Orgánica, si dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a este tipo de ley o impliquen una modificación o derogación de una ley aprobada como tal, según señala el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

Así, la razón asiste a García Belaunde cuando observa que se puede denominar al sistema del control de constitucionalidad peruano de “dual o paralelo”, en la medida en que en este país en un mismo ordenamiento jurídico coexisten el modelo americano y el modelo europeo, sin llegar a la mixtura total, sin deformación o desnaturalización. En efecto, esto, que no es muy frecuente como reconoce el ilustre constitucionalista peruano, ha sido iniciado con la Constitución peruana de 1979 y reiterado en la vigente Constitución de 1993. Consecuente con la historia, nos narra que en el siglo XIX el Perú no tuvo un sistema de control constitucional “aun cuando hubo intentos sobre todo doctrinarios para implantarlo. En rigor, tan solo en la década de 1930 sobre la base de proyectos que venían desde atrás, es cuando se incorpora el llamado modelo americano de manera expresa. Así el artículo 22 del Título Preliminar del Código Civil de 1936, dispone que en caso de conflicto entre la Constitución y la ley o entre ésta y otras normas inferiores, los jueces preferirán la primera,

esto es, la de mayor estatus y en su caso la Constitución. Esta norma aislada y puesta en el lugar menos apropiada fue reiterada y reglamentada en 1963 en la Ley Orgánica del Poder Judicial de este año (Decreto Ley 14605) cuando se incorporó como una norma de derecho público y no solamente de alcance en el derecho privado, como algunos interpretes de forma restrictiva lo habían pretendido. El modelo americano comenzó a funcionar a partir de 1963, si bien con interrupciones y sobre todo con largos periodos espaciados, debido en parte a las existencias de gobiernos de facto de larga duración”.

En los artículos 75 a 83 del Código Procesal Constitucional son tratadas las reglas y las disposiciones generales de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad, fijando sobre la procedencia de los dos tipos de procesos: en el caso de la acción popular contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la cual emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o por la ley; según el caso. La demanda de inconstitucionalidad procede (art. 77) contra las normas que tienen estatus de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que requieran o no la aprobación del Congreso conforme los artículos 56 y 57 de la Constitución, reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

Por otro lado, la sentencia que declara la ilegalidad y la inconstitucionalidad de la norma impugnada declara igualmente la de aquella otra a la que deba extenderse por conexión o consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional.

Dentro de las disposiciones generales relativas a los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad previstas por el nuevo Código Procesal Constitucional, están las reglas sobre los principios de integración (artículo 79), las relaciones institucionales con ocasión de los procesos de control de normas (artículo 80), los efectos de la sentencia fundada (artículo 81), la cosa juzgada (artículo 82) y los efectos de la irretroactividad (artículo 83).

Veamos lo que establece la nueva codificación en cuanto a los procesos de acción popular (artículos 84 a 97) y de inconstitucionalidad (Título VIII). Así, la demanda de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional y solamente puede ser presentada por los órganos y sujetos indicados en el artículo 203 de la Constitución mientras que la acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona (artículo 84) siendo de competencia exclusiva del Poder Judicial procesar y juzgar estas demandas: a) corresponde a la sala correspondiente –en razón de la materia– de la Corte Superior del distrito judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la Acción Popular es de carácter regional o local y b) compete a la sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, capital del país, en los demás casos.

A partir del artículo 86, el Código Procesal Constitucional reglamenta los

procedimientos relativos a la demanda de acción popular y determina cuáles presupuestos (dados y conexos) que debe contener y atender la interposición escrita de la demanda, cuyo plazo prescribe a los cinco años, contados desde el día siguiente de la publicación de la norma impugnada. Asimismo, establece las hipótesis de admisibilidad o no de una demanda de proceso de acción popular (art. 88) ordenando la publicación del auto de admisibilidad en el Diario Oficial (art. 89), en el plazo no mayor de 10 días (art. 90). La contestación deberá ser hecha en igual plazo (art. 91). Se abre, entre tanto, la vista de los autos de la causa para que los abogados puedan informar oralmente o hacer una defensa oral, en el mismo plazo de 10 días.

Una vez expedida la sentencia estimatoria de primer grado, puede ser solicitada una medida cautelar (art. 94), y si la sentencia que declara fundada la demanda no es apelada, los autos subirán en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, que en un plazo no mayor de 5 días absolverá la consulta sin más trámite (art. 95).

Finalmente, si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrá el pago de las costas procesales, por el Estado peruano, o por el contrario, se impondrá al autor en caso que sea juzgada improcedente la demanda o desestimada la misma, por el juez de la causa (art. 97)

En cuanto al proceso de inconstitucionalidad previsto por el Código Procesal Constitucional, debemos referirnos a la redacción del artículo 203 de la Constitución peruana que establece textualmente³:

Art. 203. Están facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República,
2. El Fiscal de la Nación,
3. El Defensor del Pueblo,
4. 25% del número legal de congresistas,
5. Cinco mil ciudadanos con firmas reconocidas por el Jurado Nacional de Elecciones,
6. Los presidentes de Región, de acuerdo al Consejo de Coordinación Regional y los prefectos provinciales, de acuerdo a su consejo, en materias de su competencia,
7. Los colegios profesionales en materias de sus especialidades

Pues bien, el artículo 99 del Código Procesal Constitucional, con base a las disposiciones constitucionales antes transcritas, regula las hipótesis de representación procesal de cada una de las partes legitimadas para iniciar el proceso de control dual de constitucionalidad en el país.

³ PERU. *Constitución Política del Perú*. Edición Oficial 1998.

El plazo de prescripción es de seis años desde la publicación de la norma impugnada, salvo el caso de los tratados, cuyo plazo de prescripción es de seis meses (art. 100).

A partir de este artículo, el Código Procesal Constitucional traza temas y reglas procedimentales tocante a la acción de inconstitucionalidad, describiendo los datos y anexos obligatorios de toda demanda escrita que vaya a impugnar la constitucionalidad de una norma (arts. 101 y 102), las hipótesis de inadmisibilidad de la demanda (art. 103) así como los casos de improcedencia liminar (art. 104).

El artículo 105 del Código Procesal Constitucional dispone taxativamente que en el “proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares”.

Una vez admitida la demanda o queja de inconstitucionalidad, a través de la tramitación del auto de admisibilidad, el Tribunal Constitucional impulsará *ex officio* el proceso, el cual sólo terminará con la emisión de la sentencia, tras el ejercicio del más amplio derecho de defensa, en el plazo de 30 días (arts. 106 y 107). Su tramitación respetará los dictámenes del artículo 107 del Código Procesal Constitucional y, como consecuencia con lo establecido en el artículo 108, el Tribunal Constitucional dictará o emitirá “la sentencia dentro de los 30 días posteriores de producida la vista de la causa”.

3.5. Proceso competencial

El proceso competencial regulado por el Título IX del Código Procesal Constitucional comprende, a su turno, las disposiciones de los artículos 109 a 113 del mencionado Código, cuyas principales determinaciones se refieren a la competencia del Tribunal Constitucional –en los términos de la Carta Política– para conocer de los conflictos que se susciten. Si un conflicto versa sobre una competencia o atribución expresada en una norma con estatus de ley, el Tribunal Constitucional declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad (art. 110) lo cual admite la medida cautelar de suspensión de la vigencia de la norma impugnada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 111.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional puede solicitar a las partes las informaciones aclaratorias o las precisiones que juzgue necesarias para su decisión, pero en todo caso debe resolver dentro de los 60 días hábiles, desde que se interpone la demanda procesal de inconstitucionalidad (art. 112)

La sentencia del Tribunal Constitucional vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes de las entidades estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Así mismo resuelve, en su caso, sobre lo que procede en las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos (art. 113).

3.6. Jurisdicción internacional

El Código bajo comentario establece, además, una circunscripción territorial y competencial de los organismos internacionales encargados de hacer efectivas las previsiones del artículo 205 de la Constitución peruana de 1993.

Los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona en el Perú, que se considere lesionada en sus derechos reconocidos o consagrados por la Constitución, son los siguientes:

- a) Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,
- b) Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA y
- c) los demás que se constituyan en el futuro y que sean aprobados en tratados a los que se obliga el Estado peruano (art. 114).

En su caso, la Corte Suprema de Justicia –el máximo organismo judicial del país– y el Tribunal Constitucional deberán remitir a estos organismos internacionales la legislación, resoluciones y demás documentos actuados en el proceso o procesos que originen la petición, así como todo otro elemento que, a juicio del organismo internacional, sea necesario para su mejor ilustración y para mejor resolver el asunto sometido a su competencia (art. 116). Independientemente del examen previo, las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido el Estado peruano, son comunicadas al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Presidente del Poder Judicial, el cual, a su vez, lo remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente (art. 115) de conformidad con lo previsto por la Ley N.º 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

3.7. Sobre las disposiciones generales aplicables a los procedimientos seguidos ante el Tribunal Constitucional peruano

El Título X del CPC consagra cinco artículos (117 a 121) a las disposiciones generales aplicables a los procedimientos ante el Tribunal Constitucional peruano. En efecto, cuida las normas procesales antes referidas en su Reglamento Interno (RITC) y que explicitan lo que señala el nuevo CPC de ese país, tal como la posibilidad del Tribunal Constitucional de poder acumular procesos que tengan conexión (art. 117) numerar sus sentencias en forma correlativa y anualmente (art. 116) solicitar informes a los Poderes del Estado y a los órganos de la administración pública (art. 119) subsanar cualquier vicio de procedimiento en que se haya incurrido (art. 120) y ratifica el carácter irrecurrible, en el derecho peruano, de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, exceptuando los recursos a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el país sea parte (art. 121)

4. NOTAS ACERCA DE LOS TÍTULOS XII Y XIII DEL CPC PERUANO: LAS DISPOSICIONES FINALES, TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS

Las disposiciones finales del CPC son, a su turno, objeto del Título XII de esta codificación adjetiva constitucional, cuyas siete disposiciones regulan desde nuevas denominaciones y conceptos (las antiguamente denominadas “acción” son sustituidas para efectos del nuevo Código, por “proceso” –así la antigua “acción de hábeas corpus” pasa a ser conocida y denominada como “proceso de hábeas corpus”, todas las anteriores “acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas data, popular, de cumplimiento y de conflicto de competencia y atribuciones” pasan a ser denominadas respectivamente “procesos de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, amparo, hábeas data, proceso de acción popular, cumplimiento y proceso competencial” a tenor de lo dispuesto en la primera disposición.

Por otro lado, las normas procesales previstas en el CPC son de aplicación inmediata (Primera Disp. Final) y los procesos de competencia del Poder Judicial se iniciarán ante jueces especializados que correspondan en aquellos distritos judiciales que cuenten con ellos, con excepción del proceso de habeas corpus, que podrá ser iniciado ante cualquier juez penal (Tercera Disp. Final) siempre dispensadas o exoneradas las partes del pago de costas procesales con ocasión de la interposición de los procesos constitucionales (Quinta Disp. Final)

En lo tocante a la publicación de las sentencias finales y de las resoluciones aclaratorias emanadas del Tribunal Constitucional, deben ser remitidas dentro de las 48 horas posteriores a la fecha de su expedición, al diario oficial *El Peruano* para su publicación gratuita, dentro de los diez días siguientes a su remisión (Cuarto Disp. Final). Téngase presente la existencia de varios plazos: en cuanto a las sentencias emitidas en procesos de inconstitucionalidad, competencial y de acción popular, se publican en el diario oficial dentro de los tres días siguientes a la recepción de la transcripción remitida por el órgano correspondiente; las sentencias que versan sobre normas regionales o municipales, son publicadas en el diario oficial *El Peruano*, y en los diarios donde se publican los avisos judiciales de la respectiva circunscripción o a través de carteles fijados en lugares públicos.

La Disposición Final Sexta determina la enseñanza de los derechos humanos y de los procesos constitucionales en forma obligatoria, en todos los centros de enseñanza de cualquier nivel, civil y militar, cuya competencia de promoción y supervisión queda a cargo del Ministerio de Educación, con la colaboración de la Asamblea de Rectores y de los Ministerios de Defensa, del Interior y de Justicia.

Por último, se crea la *Gaceta Judicial* como órgano oficial del Tribunal Constitucional, y entre sus funciones, está la de editar periódicamente una relación de sus actividades y demás documentos relacionados con su marcha institucional.

Ya en cuanto a las disposiciones transitorias y derogatorias, constantes en el Título XIII, están estipuladas las normas legales que existían antes y que con la publicación de este CPC quedan debidamente derogadas, a saber: La Ley de Habeas Corpus y Amparo (Ley N.º 23506 de 1982), la Ley Complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (Ley N.º 25398), la Ley procesal de la Acción Popular (Ley N.º 24968), las Leyes N.º 25011 y N.º 23315 que modifican parcialmente la Ley N.º 23506; el Decreto-Ley N.º 25433 que modifica la Ley N.º 23506 y la Ley N.º 24968; la Ley N.º 26248 que modifica parcialmente la Ley N.º 23506; la Ley de Habeas Data y Acción de Cumplimiento (Ley N.º 26301); los artículos 20 a 63, con excepción del artículo 58 así como la primera parte y segunda disposición final de la Ley N.º 26435 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional); a la Ley N.º 26545 que modifica parcialmente los procesos de Habeas Data y Acción de Cumplimiento; el Decreto Legislativo N.º 824, que modifica parcialmente la Ley N.º 23506, así como las Leyes N.º 27053, 27235 y 27959, todas las cuales modifican parcialmente la Ley N.º 23506, y demás disposiciones que se opongan a lo establecido en el CPC –a tenor de la primera disposición derogatoria–. La segunda disposición derogatoria determina que el código entra en vigor a los seis meses de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, o sea, el 1 de diciembre de 2004.

5. CONCLUSIONES

Ahora, como se ve, el Código Procesal Constitucional peruano, se muestra como pionero en América Latina en materia de procesos a nivel constitucional y traerá ciertamente, por la complejidad y riqueza de sus normas procesales, toda una gama de reflexiones doctrinarias y jurisprudenciales para el constitucionalismo de nuestro continente.

Las conclusiones preliminares a las que llegamos en estas primeras notas y comentarios sobre el referido Código Procesal Constitucional señalan una sensible evolución de la norma constitucional de naturaleza pública, en sustitución de la anterior y antigua vinculación con la esfera privada de este tipo de norma. El constitucionalismo peruano, en la actualidad, se ve caracterizado por una robusta reflexión y producción académica y el trabajo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, bajo la presidencia de Domingo García Belaunde, demuestra encontrarse en una línea de desafío continental gracias a esta contribución trazada al procesalismo constitucional.

6. REFERENCIAS

GARCIA BELAUNDE, Domingo. (Coordinador) *La Constitución y su defensa*. (Ponencias peruanas al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 3, 4 y 5 de diciembre de 2003 . Lima: Grijley, 2003.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal*

Constitucional. Madrid: Civitas, 1981

PERU. *Constitución Política del Perú*. Edición Oficial 1998.

PERU. *Código Procesal Constitucional*. Edición Oficial 2004.

DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2006

1. ALUNA: ANA KARINE DE ALBUQUERQUE ALVES

TÍTULO: “JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA (UFC)

PROF.: DOUTOR FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES - (UNIFOR)

PROF.: DOUTOR MARCIO AUGUSTO VASCONCELOS DINIZ – (UFC)

DATA DA DEFESA: 15 de fevereiro de 2006

2. ALUNA: JOANA DE MORAES SOUZA MACHADO CARVALHO

TÍTULO: “A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR RUI VERLAINE OLIVEIRA MOREIRA

PROF.: DOUTOR ROBERTONIO SANTOS PESSOA - (UFPI)

PROF.: LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – (UFC)

DATA DA DEFESA: 10 de maio de 2006

3. ALUNO: DANIEL ARAÚJO LIMA

TÍTULO: “A AMPLITUDE DA IMUNIDADE DOS TEMPLOS RELIGIOSOS: EXONERAÇÃO DOS IMPOSTOS DIREITOS E INDIRETOS”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADORA: DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE

PROF.: DOUTORA MARIA CRISTINA ZUCCHI – (UNESP)

PROF.: TITULAR HUGO DE BRITO MACHADO – (UFC)

DATA DA DEFESA: 27 de julho de 2006

4. ALUNO: GUSTAVO HENRIQUE DE AGUIAR PINHEIRO

TÍTULO: “CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A REVOLUÇÃO IGNORADA EM SAÚDE MENTAL”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR MARCELO LIMA GUERRA

PROF.: DOUTOR ALEXANDRE ANTONIO BRUNO DA SILVA - (UECE)

PROF: DENISE LUCENA CAVALCANTE – (UFC)

DATA DA DEFESA: 03 de agosto de 2006

5. ALUNA: CLARISSA FROTA ALVES

TÍTULO: “RECURSO À INDETERMINAÇÃO PARA UMA APLICAÇÃO JUSTA DO DIREITO (ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DE ESTUDOS DE CASOS)”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR RUI VERLAINE OLIVEIRA MOREIRA (UFC)

PROF: DOUTORA VERA LÚCIA MENDES OLIVEIRA - (UECE)

PROF: DOUTOR RAIMUNDO HÉLIO LEITE – (UFC)

DATA DA DEFESA: 07 de agosto de 2006

6. ALUNO: RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO

TÍTULO: “ANÁLISE CRÍTICA DA INVOCAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO COMO FUNDAMENTO PARA RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS O CONTRIBUINTE”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADORA: DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE – (UFC)

PROF: DOUTORA LEDA ROUQUAYROL GUILLEMETTE - (Université du Havre/França)

PROF: DOUTOR JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS – (UFC)

DATA DA DEFESA: 18 de agosto de 2006

7. ALUNO: CAIO CÉSAR VIEIRA ROCHA

TÍTULO: “O PEDIDO DE SUSPENSÃO DE DECISÕES PROFERIDAS CONTRA O PODER PÚBLICO”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR JUVÊNIO VASCONCELOS VIANA – (UFC)

PROF: DOUTOR MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - (PUC/SP)

PROF: DOUTORA GERMANA DE OLIVEIRA MORAES – (UFC)

DATA DA DEFESA: 28 de agosto de 2006

8. ALUNO: TIAGO ASFOR ROCHA LIMA

TÍTULO: “A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DO CONTEXTO DE EFETIVIDADE DO PROCESSO”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR JUVÊNIO VASCONCELOS VIANA – (UFC)

PROF: DOUTOR ROBERTO ROSAS - (UFRJ/RJ)

PROF: DOUTOR MARCELO LIMA GUERRA – (UFC)

DATA DA DEFESA: 28 de agosto de 2006

9. ALUNO: ALUISIO GURGEL DO AMARAL JÚNIOR**TÍTULO:** “CONSTITUIÇÃO E RELAÇÃO JURÍDICA”**COMISSÃO EXAMINADORA:****ORIENTADOR :** DOUTOR MARCELO LIMA GUERRA – (UFC)**PROF.:** DOUTOR JOSÉ JÚLIO DA PONTE NETO - (UNIFOR)**PROF.:** LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – (UFC)**DATA DA DEFESA:** 28 de agosto de 2006**10. ALUNO: JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR****TÍTULO:** “PROVA JUDICIÁRIA E VERDADE: ENFOQUE CONSTITUCIONAL”**COMISSÃO EXAMINADORA:****ORIENTADOR:** DOUTOR MARCELO LIMA GUERRA (UFC)**PROF.:** DOUTOR CARLOS CÉSAR SOUSA CINTRA - (Faculdade Christus)**PROF.:** DOUTOR JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA – (UFC)**DATA DA DEFESA:** 30 de agosto de 2006**11. ALUNO: AGAPITO MACHADO JÚNIOR****TÍTULO:** “O CONTROLE JURISDICIONAL NOS CONCURSOS PÚBLICOS”**COMISSÃO EXAMINADORA:****ORIENTADOR:** DOUTOR MARCIO AUGUSTO VASCONCELOS DINIZ – (UFC)**PROF.:** DOUTOR CARLOS CÉSAR SOUSA CINTRA - (Faculdade Christus)**PROF.:** LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – (UFC)**DATA DA DEFESA:** 17 de outubro de 2006**12. ALUNA: NÉLIDA ASTEZIA CASTRO CERVANTES****TÍTULO:** “TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: VÍCIOS NA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004”**COMISSÃO EXAMINADORA:****ORIENTADOR:** DOUTOR FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA (UFC)**PROF.:** DOUTOR NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO - (Faculdade Christus)**PROF.:** DOUTOR NEWTON DE MENEZES ALBUQUIERQUE – (UFC)**DATA DA DEFESA:** 26 de outubro de 2006



NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1. Os trabalhos para publicação na Revista NOMOS deverão ser preferencialmente inéditos, caso não sejam, deverão ser indicados os dados da publicação anterior.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, acompanhadas de prova impressa. Recomendamos a utilização do processador de texto Microsoft Word.

3. Os trabalhos deverão ter preferencialmente entre 10 e 30 laudas. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador [TAB] para determinar os parágrafos: o próprio [ENTER] já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinhas 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

4. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço profissional, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

5. As citações deverão ser feitas nas notas de rodapé.

6. As referências bibliográficas deverão ser feitas da seguinte forma: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.

Exemplo:

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito tributário* – a função do cidadão contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2004.

7. Os trabalhos deverão ser precedidos de resumo em português e inglês, bem como, com a indicação das palavras chaves.

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado a sublinha. Citações de texto de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem uso de itálico.

9. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista NOMOS. O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista onde seu trabalho tenha sido publicado.

10. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser publicados em outros números da Revista NOMOS, desde que autorizado pelo autor.

11. Os trabalhos devem ser encaminhados para o seguinte endereço: FACULDADE DE DIREITO – COORDENAÇÃO DO MESTRADO – Praça Clóvis Bevilácqua s/n – Centro – Fortaleza-Ceará - Brasil CEP 60.035-180

Telefone/fax: (55-85) 3366.7850

E-mail: pgdir@ufc.br



Gráfica e Editora LCR Ltda

Rua Israel Bezerra, 633 - Fone: (85)3272-7844

Bairro: Dionísio Torres

Fortaleza - Ceará